



جامعة مولود معمري - تيزي وزو

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق - نظام (ل.م.و)

القسم كوسيلة لإزالة الشيوع في التشريع الجزائري

مذكرة لنيل شهادة ماستر في القانون

تخصص : القانون العقاري

تحت إشراف الأستاذة:

أورحمون نورة

من إعداد الطالبتين:

- حداد حمادة

- لعمار سعاد

لجنة المناقشة :

- د- لعمار عصاد، أستاذ محاضر "ب"، جامعة مولود معمري، تيزي وزو..... رئيسا
- أورحمون نورة، أستاذة مساعدة "أ"، جامعة مولود معمري، تيزي وزو..... مشرفة ومقررة
- بوخرس بلعيد، أستاذ مساعد "أ"، جامعة مولود معمري، تيزي وزو..... ممتحنا

تاريخ المناقشة : 2017/09/28

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿ وَمَا أُوتِيتُمْ مِنَ الْعِلْمِ إِلَّا
قَلِيلًا ﴾

(الإسراء: الآية 85)

إهداء



...

.

...

.

.

.



.

إهداء



:

.

"

.

"

"

.

"

"

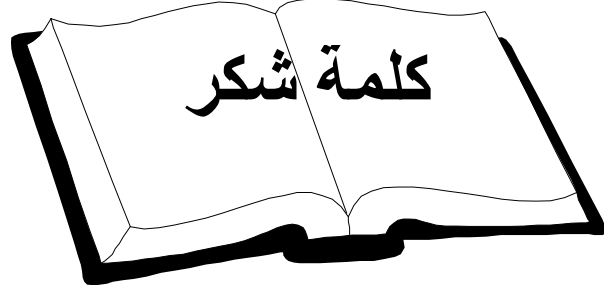
.

.

.



.



.

.

.

.

.

"

"

.

.

.

.



مقدمة:

شهدت الملكية بمفهومها الواسع تطورات جد هامة على مر العصور، حيث كانت في بدايتها وبالتحديد في الحضارات القديمة ملكية جماعية للقبيلة، ثم بدأت تنقلص وتتكمش لتصبح فيما بعد ملكية للعائلة أين كانت العقارات توزع على رؤساء الأسر، وظلت في تطور وتغير من حقبة زمنية لأخرى إلى أن ظهرت وانبتقت منها ما يسمى بالملكية الفردية أو الخاصة.

تعود دواعي ظهور هذا النوع من الملكية الفردية إلى كون الإنسان بطبيعته وبفطرته يميل إلى حب التملك والحرية في التصرف واستعمال ما يملك وهو الغرض الذي وجدت من أجله الملكية، فهذه الأخيرة التي أجمعت غالب التشريعات منها التشريع الجزائري في تعريفها ضمن أحكام المادة 647 من القانون المدني الجزائري¹ على أن: «الملكية حق التمتع والتصرف في الأشياء بشرط أن لا يستعمل استعمالا تحرمه القوانين والأنظمة»،

فالمالك له الحق في أعمال جميع أنواع التصرف على ملكه، فله أن يتصرف فيما يملك جزئيا أو كليا بمقابل أو بدون مقابل كالهبة مثلا، كما له الحق في ترتيب حقوق عينية عليها أصلية كانت أم تبعية كإتقالها بالرهن الرسمي أو بحقوق إرتفاق أو غيرها من الحقوق.

لكن هذه الحرية التي يتمتع بها المالك ملكية منفردة أو مفرزة ستراجع إذا كان يشاركه شخص من الغير في هذا المال في إطار الملكية المشتركة المنصوص عليها في المادة 743 وما يليها من القانون المدني الجزائري²، أو في ظل ما يعرف بالملكية الشائعة المنصوص عليها في المادة 713

1-أمر رقم 75-58، مؤرخ في 1975/09/20، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، ج.ر. عدد 78 الصادرة في 1975/09/30، لسنة 1975.

2- تعرف المادة 743 ق.م.ج الملكية المشتركة على أنها: «الحالة القانونية التي يكون عليها العقار المبني أو مجموعة العقارات المبنية والتي تكون ملكيتها مقسمة حصصا بين عدة أشخاص تشمل كل واحدة منها على جزء خاص ونصيب في الأجزاء المشتركة». وللاشارة فلقد حددت المادة 744 ق.م.ج ما يعتبر من الأجزاء الخاصة منها الأسقف والأحواش باستثناء الجدران الأساسية في البناء الأدوات الخاصة بالتدفئة والماء الساخن... إلخ في حين عدت المادة 745 ق.م.ج ما يدخل ضمن الأجزاء المشتركة للعقارات المبنية وغير المبنية منها ممرات الدخول والدرج والمصاعد، الرواق الخارجي والأسطح، الخنائن وغلاف ورؤوس المداخل المعدة للاستعمال المشترك... إلخ، ومما تجدر الإشارة إليه بصدد الملكية المشتركة فإنها تنفرد بأحكام وقواعد خاصة تنظمها مخالفة تماما لأحكام وقواعد الملكية الشائعة فيجب التمييز وعدم الخلط بينهما.

ق.م.ج والتي جاء فيها: «إذا ملك إثنان أو أكثر شيئا وكانت حصة كل منهم فيه غير مفرزة فهم شركاء على الشيوع وتعتبر الحصص متساوية إذا لم يقد دليل على غير ذلك».

ولقد تضمن القانون المدني الجزائري القواعد التي تحكم إدارة المال الشائع والانتفاع به وحتى تعداده لمصادره، بحيث ينشأ الشيوع إما بناء على واقعة مادية كال ميراث، الاستيلاء، الالتصاق، الحيازة، أو بموجب تصرف قانوني كالبيع، الهبة الشفعة والوصية.

لم يتوقف المشرع الجزائري بتنظيمه للملكية الشائعة عند حد تعداد مصادر اكتسابها وكيفية إدارتها، فإن من جهة أخرى وضع قواعد تضبط كيفية وحالات وأسباب الخروج من الشيوع مما يفهم منه أن الشيوع ليس أبديا بل حالة أو وضعية مؤقتة مآلها الزوال يوما ما.

إن تقرير عملية الخروج من الشيوع أمر لا بد منه وذلك نظرا لما له من انعكاسات سلبية على الشركاء وحتى المال الشائع على حد سواء، فقد يترتب على الملكية الشائعة خلافات حادة بين الشركاء والتي من شأنها أن تؤدي إلى تفكيك الرابط الأسري خاصة إذا كان مصدر الشيوع هو الميراث، ضف إلى ذلك فإنه كثيرا ما تتور مشاكل بين الشركاء خاصة في الانتفاع بالمال الشائع. ولكون الإنسان أناني بطبعه فإنه يريد الاستئثار بكل شيء وبكل ما هو أفضل، وهذا ما لا يرضي بقية الشركاء في الشيوع، ناهيك عن غياب المبادرة الفردية وعرقلة استغلال هذا المال من البعض، كل هذا وذاك يدفع وضع حد للملكية الشائعة.

ينقضي الشيوع إذا بإحدى الأسباب المنصوص عليها قانونا، فإما بناء على واقعة مادية كأن يكتسب أحد الأشخاص ملكية المال الشائع كله بالتقادم أو أن تؤول ملكية هذا المال إليه بالميراث، كما يمكن أن تنقضي بناء على تصرف قانوني كبيع المال الشائع كله إلى أجنبي باتفاق الشركاء أو عن طريق شراء أحد الشركاء أنصبة البقية منهم. كما قد تنقضي بفرز أنصبة الشركاء واستئثار كل شريك بحصته المفرزة عن طريق القسمة.

تعتبر قسمة الملكية¹ الصورة الأكثر حدوثا لانقضاء الشيوع والخروج منه نهائيا، فتخول للشركاء التخلص من هذه الوضعية إما في جزء من المال الشائع بتقسيم بعض الأموال الشائعة بين الشركاء

1- إلى جانب قسمة الملكية التي تعتبر قسمة نهائية فإنه توجد طريقة أخرى للقسمة والتي لا ينتهي بها الشيوع بل الهدف منها هو تنظيم كيفية الاستغلال والانتفاع بالمال الشائع ألا وهي قسمة المهايأة أو كما يصطلح عليها قسمة الانتفاع أو القسمة المؤقتة حيث خول المشرع الجزائري للشركاء في الشيوع أعمال هذا النوع من القسمة بصفة مؤقتة لتنظيم الانتفاع بالمال الشائع ليس إلا، حيث تضمنت المواد 733، 736 ق.م.ج أحكام هذه القسمة النفعية والتي قد تكون مكانية بأن يتفق الشركاء على أن يختص كل منهم =

وتفرز لكل منهم نصيبه بحسب حصته في الشيوخ وما يبقى منه يظل شائعا على حاله بينهم، كما يمكن أن تشمل القسمة كل المال الشائع، وبالتالي يتم إفراز أنصبة جميع الشركاء وقسمة جميع الأموال الشائعة عليهم، فضلا عن ذلك يمكن إجراء القسمة على حصتين أو قسمين كل مجموعة من الشركاء تأخذ قسم منها.

مهما كانت نوعية القسمة التي يجريها الشركاء فإنها تتم بإحدى الطرق¹، المنصوص عليها قانونا، إما تكون اتفاقية أو ما يصطلح عليها بالقسمة الودية أو الرضائية إذا ما انعقد إجماع الشركاء على ذلك، أو قضائية إذا كان هناك اختلاف بين الشركاء على القسمة أو عدم رغبة أحدهم أو البعض منهم على إنهاء الشيوخ، أو أن هناك حالات قانونية يتعذر فيها إجراء القسمة بصفة ودية بين الشركاء ويتعلق الأمر بحالة القاصر والغائب الشريك في الشيوخ.

نظرا لما يثيره البحث في موضوع القسمة كآلية لإزالة الشيوخ من إشكالات فقد ارتأينا دراسته ومحاولة الإجابة على الإشكالية المطروحة و المتمثلة فيمايلي: **كيف نظم المشرع أحكام القسمة النهائية كآلية لإزالة الشيوخ في التشريع الجزائري؟** والتي تندرج تحتها إشكاليات فرعية من بينها: ما مدى فعالية الإجراءات المتبعة في القسمة خاصة القضائية منها لوضع حد للشيوخ؟

وللإجابة على الإشكالية المطروحة اعتمدنا على المنهج التحليلي الوصفي، حيث قسمنا موضوع البحث إلى فصلين أساسيين يتضمن الفصل الأول أوصاف القسمة النهائية للمال الشائع من حيث شروطها وإجراءاتها وكيفية القيام بها. في حين خصصنا الفصل الثاني للآثار المترتبة عن القسمة النهائية وذلك وفقا لخطة مفصلة.

=بمنفعة جزء مفرز يساوي حصته في الشيوخ وفي المقابل يتنازل لباقي الشركاء عن الانتفاع بالأجزاء الأخرى وذلك لمدة زمنية محددة قانونا كما قد تكون قسمة الانتفاع زمانية والمتمثلة في تناوب الشركاء في الانتفاع بالمال الشائع لمدة زمنية معينة. و للإشارة تخضع هذه القسمة من حيث التزامات وحقوق الشركاء فيها وغيرها من الأمور إلى أحكام عقد الإيجار وهو ما نصت عليه صراحة المادة 753 ق.م.ج، لمزيد من التفصيل عن قسمة المهايأة راجع: نسيمه درار، قسمة المهايأة في الأعيان المشتركة في القانون المدني الجزائري، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد الثالث، الجزائر، سبتمبر 2014، ص.ص 292-307.

1- إلى الجانب القسمة الاتفاقية والقسمة القضائية التي تؤدي إلى إنهاء الشيوخ هناك القسمة النهائية بقوة القانون والتي تتحقق بموجب القسمة المهايأة المكانية، فمتى دامت هذه الأخيرة 15 سنة كاملة دون أن يعارض أحد على ذلك انقلبت إلى قسمة نهائية وبهذا ينقضي الشيوخ فيجوز للشريك الذي دامت قسمته المهايأة المكانية 15 سنة أن يتمسك بأحكام المادة 733/ 02 ق.م.ج، ويتحول القسمة المؤقتة إلى القسمة النهائية متى نازعه الشركاء في ذلك.

الفصل الأول

أوصاف القسمة النهائية للمال الشائع

يعتبر الشيوخ كأصل عام حالة اختيارية، بحيث يحق للشركاء في المال المشاع البقاء فيه أو الخروج منه ما لم يوجد نص أو اتفاق يقضي بالبقاء على هذا الوضع أو ما يطلق عليه بالشيوخ الإجباري، فيتوقف إزالة الشيوخ على عدم وجود قيد يمنع ذلك، وما عداه فإن وضع حد للشيوخ يتوقف على إرادة المالكين نظرا لأنها حالة مؤقتة مآلها الزوال يوما ما.

لقد وضع المشرع وبصدد إزالة الشيوخ عدة طرق خول بموجبها للشركاء الاستئثار بنصيبهم مفرزا وبصفة منفردة دون أن يشاركه أحد فيه، وتعد القسمة النهائية إحدى هذه الطرق.

فقد تكون القسمة النهائية كلية بأن تقسم كل الأموال الشائعة بين الشركاء جميعا، وتفرز نصيب كل واحد منهم، وإما أن تكون جزئية ويتحقق ذلك بتقسيم بعض الأموال الشائعة بين الشركاء، ويمنح لكل واحد منهم جزئه المفرز، أما ما بقي من أموال فتظل شائعة بينهم.

ضف إلى ذلك إمكانية القسمة بإفراز أو إخراج نصيب أحد الشركاء دون البقية منهم، أو قسمة الأموال المشاعة إلى قسمين أو أكثر بحيث تختص كل مجموعة أو فريق بقسم منها.

تتم القسمة النهائية بعدة صيغ وأوصاف، فهي في الأصل تتم بالاتفاق إذا ما انعقد اتفاق الشركاء جميعا وتراضوا عليها، ولكن مع مراعاة الشروط والشكليات والإجراءات المنصوص عليها قانونا، وهي ما يطلق عليها بالقسمة الاتفاقية أو كما يصطلح عليها كذلك بالقسمة الودية أو الرضائية (مبحث أول).

غير أنه قد يتعذر اتفاق وإجماع كل الشركاء على إجراء القسمة وديا بينهم لسبب أو لآخر، ففي هذه الحالة يتعين على من يريد وضع حد لهذه الوضعية اللجوء إلى القضاء والمطالبة بالقسمة وبالتالي استصدار حكم يقضي نهائيا بقسمة المال المشاع بين الشركاء، وفرض أنصبتهم كل حسب حصته في الشيوخ، وبطبيعة الحال إذا أمكن إجراء القسمة عينا، أو اللجوء إلى التصفية تمهيدا

للقسمة ليتم بعدها قسمة ثمن البيع بينهم مع مراعاة إحقاق العدل والمساواة في الحصص وهذا ما يصطلح عليه بالقسمة القضائية (مبحث ثان).

المبحث الأول

القسمة الرضائية آلية لإزالة الشروع

قد يؤدي الشروع في غالب الأحيان إلى إهمال الشركاء للمال الشائع، لذا وتقاديا للدخول في متاهات لا خروج منها وحفاظا على المال الشائع خول المشرع الشركاء الاتفاق بصفة ودية لوضع حد لهذه الوضعية.

إن الانتقال أو التحول من الملكية الشائعة إلى ملكية مفرزة عن طريق الاتفاق لا تتأتى إلا بمراعاة الأحكام القانونية التي تضبط هذه القسمة (مطلب أول) ، و متى توافرت الشروط القانونية أهل انعقد هذا الاتفاق صحيحا و منتجا لآثاره القانونية بغض النظر عن كيفية إجراء القسمة عينية أو بالتصفية، على أنه و في جميع الأحوال يتعين مراعاة الشكلية المطلوبة قانونا من توثيق و شهر (مطلب ثان).

المطلب الأول

مفهوم القسمة الرضائية

تنص المادة 723 ق.م.ج على أنه: «يستطيع الشركاء إذا انعقد إجماعهم أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها، فإذا كان بينهم من هو ناقص الأهلية وجبت مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون.»

من خلال أحكام المادة أعلاه نستخلص أن القسمة الرضائية تتميز بأحكام تتفرد بها عن سائر أوصاف القسمة خاصة القضائية منها، سواء من حيث مدلولها من الناحية الشرعية والقانونية (فرع

(أول) أو من حيث طبيعتها القانونية (فرع ثان)، وحتى من حيث الشروط الخاصة التي يقتضيها القانون لانعقادها ونفاذها، بالإضافة إلى الشروط الأخرى العامة التي تشترك فيها مع القسمة القضائية، مع مراعاة بعض الإجراءات المنصوص عليها قانوناً بشأن بعض الفئات أو الأشخاص الذين يمكن أن يكونوا شركاء في الشبوع (فرع ثالث).

الفرع الأول

تعريف القسمة الرضائية

لقد وردت عدة محاولات لتعريف القسمة الرضائية بين كل من الفقه الإسلامي (أولاً) و القانون المدني (ثانياً).

أولاً- تعريف القسمة الرضائية في الفقه الإسلامي

لقد اختلف الفقهاء في تعريف القسمة الرضائية، كل حسب موقفه غير أن هذه التعريفات لا تختلف كثيراً من حيث المعنى والمضمون وسنتعرض إلى تعريف القسمة في المذاهب الأربعة كالتالي:

1- تعريف القسمة عند الحنفية

عرفها الحنفية بأنها "جمع نصيب شائع في مكان معين"، وعرفها بعضهم بأنها: « تمييز الحقوق الشائعة بين المتقاسمين، فالقسمة تفرز الحقوق، وتعدل الأنصبة بعد أن كانت مشتركة بين الشركاء»، كما عرفها صاحب البدائع بقوله: « بعض الأنصباء عن بعض ومبادلة بعض ببعض».¹

¹ - محمد عبد الرحمن الضويني، أحكام القسمة في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الفكر الجامعي، القاهرة، 2001، ص 19.

2-تعريف القسمة عند المالكية

عرف جمهور المالكية القسمة بأنها: «تصير مشاع من مملوك مالكين معيناً ولو باختصاص تصرفاً فيه بقرعة أو بتراضي».¹

وعرفها بعضهم بأنها: «تعيين نصيب كل شريك في مشاع ولو باختصاص تصرف».²

3-تعريف القسمة عند الشافعية

عرف الشافعية القسمة بقولهم: «هي تمييز الحصص بعضها من بعض» وهو مساوي تماماً لقولهم في تعريفها أيضاً بأنها: «تمييز بعض الأنصباء من بعض». فالحصة هي النصيب وسواء كان ذلك بمقاييس أو بمرأضة.³

4-تعريف القسمة عند الحنابلة

عرف الحنابلة القسمة بأنها: «تمييز الأنصباء عن بعض، وإفرازها عنها»، تعريف الحنابلة للقسمة لا يخرج عن تعريف الشافعية في شقه الأول ويزيد الحنابلة عبارة «إفرازها عنها» والتي تفيد فصل الأنصبة بعد تمييزها، ليستقل كل شريك بحصته وهو مقتضى القسمة.⁴

ثانياً - تعريف القسمة الرضائية في القانون المدني

لم يتعرض القانون المدني الجزائري لتعريف القسمة على اعتبار أن التعريف من عمل الشراح لا من عمل النصوص القانونية، وإن كان التشريع لم يتعرض إلى تعريف القسمة فإن فقهاء القانون المدني عمدوا إلى مجرد إعطاء فكرة عن القسمة بدلاً من تعريفها تعريفاً دقيقاً ومن ذلك نجد:

¹ - أبي عبد الله محمد بن عبد الرحمن المغربي، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ج7، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1995، ص 405.

² - شيخ الإسلام محمد بن علي الشوكاني، السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، ج3، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ص 262.

³ - محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص 21.

⁴ - محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع نفسه، ص 22.

- القسمة بمقتضاها يختص كل شريك بجزء مفرز من المال الشائع يتناسب مع حصته الشائعة في هذا المال، وهي بهذا المعنى يقال لها القسمة النهائية وهو المعنى المقصود من لفظ القسمة فهي قسمة ترد على الملكية و بها ينتهي الشيوع.¹
- إذن القسمة هي التي تؤدي إلى إنهاء حالة الشيوع، حيث يختص كل طرف فيها بجزء مفرز لا يشاركه فيه غيره من الشركاء، فيتحدد نصيبه المفرز في شيء متكامل يختص به وحده.²
- عرفها البعض بأنها إعطاء كل شريك في الشيوع قدرا يعادل نصيبه في المال الشائع، وهناك من عرفها بأنها: «عملية الغرض منها إخراج المالك من الملك المشترك إلى ملك خاص يستقل به دون باقي لشركاء».³

الفرع الثاني

الطبيعة القانونية للقسمة الرضائية

تتميز القسمة الرضائية أو كما يصطلح عليها كذلك القسمة الاتفاقية أو الودية، بكونها عقد رضائي تسري عليه أحكام سائر العقود (أولا) وعقدا شكليا يقتضي إفراغها في قالب رسمي بتحريره من الموثق وإخضاعها لعملية الشهر العقاري كلما تعلق الأمر بقسمة أملاك عقارية لكي تنتج آثارها بين الشركاء وفي مواجهة الغير (ثانيا).

أولا- القسمة عقد رضائي

يعتبر عقد القسمة من العقود الرضائية إذ يكفي كأصل عام ارتباط القبول بالإيجاب حتى ينشأ العقد⁴ فهذا الاتفاق يخضع في انعقاده لما تخضع له سائر العقود إذ لا بد من تراضي الشركاء

¹ - محمد حسين قاسم، موجز الحقوق العينية الأصلية، ج1، منشورات الحلبي الحقوقية، دمشق، 2005، ص 149.

² - أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، الحقوق العينية الأصلية حق الملكية والحقوق المتفرعة عنه، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص 100.

³ - نقلا عن: محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص 26.

⁴ - راجع بالتفصيل عن تطابق الإيجاب والقبول ونظرية العقد: محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، التصرف القانوني للعقد والإرادة المنفردة، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار الهدى، الجزائر، =

وتوافرهم على أهلية التصرف وخلو إرادتهم من العيوب التي تشوبها، وأن يكون محل هذا العقد هو المال الشائع الذي تعود ملكيته إلى جميع الشركاء، هؤلاء الذين لهم كلهم حق الاستعمال والاستغلال وحق التصرف ، وبالتالي إذا اختل أحد هذه العناصر المميزة للعقد كانت القسمة قابلة للإبطال وفقا للقواعد العامة.¹

يكون التعبير عن الإرادة في الاتفاق على القسمة، إما صراحة بتطابق الإيجاب والقبول وبالإجماع الصريح من الشركاء ، ومما ينبغي التنويه إليه في هذا الصدد أنه يمكن لبعض الشركاء الاتفاق على الخروج من الشيوع بصفة ودية دون البقية، ففي هذه الحالة تكون القسمة بالنسبة للذين وافقوا عليها ملزمة وتعد بمثابة إيجاب موجه منهم إلى من لم يقرها من باقي الشركاء ، وتكون صحيحة إذا كان الاتفاق بالخروج من الشيوع في جزء من المال الشائع أي فيما يمكن أن يكون من نصيب هؤلاء. لكن إذا تمت القسمة بين بعض الشركاء وتناولت جميع المال الشائع فمآلها البطلان لا محال.²

كما يمكن أن تكون القسمة الرضائية واستخلاص اتفاق الشركاء ضمنيا وهو ما يسمى بالقسمة الفعلية ، ويتجسد ذلك عند قيام أحد الشركاء بالتصرف في جزء مفرز من الشيء الشائع بما يعادل حصته، ثم يسلك باقي الشركاء نفس النهج بأن يتصرف كل واحد منهم في جزء مفرز آخر مستقل يعادل حصته، فيستنتج ضمنيا من هذه التصرفات المستقلة أن هؤلاء وافقوا جميعا على قسمة الشيء

=2004ولإشارة يتجسد هذا النوع من القسمة الاتفاقية كلما يتعلق الأمر بمنقول فيكفي تطابق الإيجاب والقبول حول القسمة لكي يأخذ كل شريك نصيبه المفرز ويكون بحيازته لهذا النصيب بموجب سند ملكية إعمالا للقاعدة القائلة إن الحيازة في المنقول سند الملكية.
¹ - راجع المواد من 59 إلى 98 من ق.م.ج.

راجع أيضا: سليمة مقروود، القسمة الرضائية في العقار المشاع في التشريع الجزائري، مذكرة تخرج تدخل ضمن متطلبات الحصول على شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون عقاري، جامعة الشهيد حمه لخضر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، الوادي، 2015، ص 10.

² - عادل بوحديش، قسمة المال الشائع في القانون المدني الجزائري مذكرة لنيل شهادة نهاية التكوين، المدرسة العليا للقضاء، الجزائر 2006 ص 08. راجع أيضا: أحمد خالدي، القسمة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري على ضوء اجتهاد المحكمة العليا ومجلس الدولة، - 9 - دار هومه ، الجزائر 2008، ص 71 و 72.

الشائع فيما بينهم على النحو الذي تصرفوا به، فبالتالي يكون النصيب المفرز المتصرف فيه هو نصيب المقسوم له.¹

كما يجوز في هذا الطرح وإعمالاً بأحكام المادة 714 ق.م.ج للشريك في الشيوخ أن يتصرف في حصته الشائعة إلى أحد الشركاء أو إليهم جميعاً، وعندها يترتب على هذا التصرف الصادر من الشريك زوال حالة الشيوخ، ويكون في حكم قسمة بطريق التصفية كما لو باع أحد الشركاء نصيبه للشركاء، أما إذا كان التصرف لفائدة شخص أجنبي فهنا يعتبر بيعاً عادياً.²

إن إجازة المشرع للشريك في الشيوخ بالتصرف في حصته الشائعة قيده بعدم الإضرار بمصالح باقي الشركاء ، فكل تصرف للشريك في حصته الشائعة سواء بترتيب حق عيني معين أو تصرف ناقل للملكية يكون صحيحاً ما لم يضر بمصالح الشركاء الآخرين³ ، وهذا ما أقرته المحكمة العليا في العديد من قراراتها منها القرار رقم 63765 الصادر في 1990/10/29 ومما جاء فيه: «... ولما كان الثابت في قضية الحال أن قضاة الموضوع بإبطالهم عقد بيع قطعة أرض ألت إلى الطاعن عن

¹ - راجع: أحمد خالدي، المرجع نفسه، ص79.

² - يمكن هنا للشركاء الآخرين إذا لم يرغبوا ولم يوافقوا على هذا التصرف لفائدة أجنبي ممارسة حقهم في الاسترداد وفقاً لما جاء في المادة 721 ق.م.ج أو ممارسة حق الشفعة طبقاً للمادة 795 ق.م.ج فتتص المادة 721 ق.م.ج على أنه: « للشريك في المنقول الشائع أو في المجموع من المال المنقول أو العقار أن يسترد قبل القسمة الحصة الشائعة التي باعها شريك غيره لأجنبي عن طريق التراضي، وذلك خلال شهر من تاريخ علمه بالبيع أو من تاريخ إعلامه، ويتم الاسترداد بواسطة تصريح يبلغ إلى كل من البائع والمشتري ويحل المسترد محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته إذا هو عوضه عن كل ما أنفقته»، في حين تنص المادة 795 ق.م.ج انه: «يثبت حق الشفعة وذلك مع مراعاة الأحكام التي ينص عليها الأمر المتعلق بالثورة الزراعية:

- لمالك الرقبة إذا بيع الكل أو البعض من حق الانتفاع المناسب للرقبة،

- للشريك في الشيوخ إذا بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي ،

- لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها».

³ - راجع بالتفصيل عن أحكام التصرف في الملكية الشائعة: وهاب عياد، التصرف في الملكية العقارية الشائعة، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع القانون العقاري، كلية الحقوق، جامعة منتوري، قسنطينة، 2015، ص. ص 08-23، ص 44-51.

طريق الإرث على أساس أن ليس لديه الحق في بيع ملك في الشيوع أخطأوا في تطبيق القانون ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه»¹.

كما أكدت على ذلك المحكمة العليا في قرارها رقم 186043 المؤرخ في 1999/03/4 حيث جاء في حيثياته على أنه يجوز لأحد الشركاء في الشيوع التصرف في منابه المفرز شريطة عدم الإضرار بباقي الشركاء، وأنه وبالرجوع إلى القرار المطعون فيه وفي صفحته الثالثة يتضح أن قضاة المجلس أكدوا أنه طالما أن المستأنف عليهم لم يثبتوا أن البيع قد أضر بمصالحهم حتى ولو تصرف أحد الشركاء في الشيوع في منابه دون فرزه، فإن قضاة الموضوع كانوا على حق وطبقوا صحيح القانون وبالتحديد أحكام المادة 714 ق.م.ج لما قضاوا برفض الدعوى لعدم التأسيس، مما يتعين معه رفض الطعن بالنقض موضوعاً².

يمكن فضلاً عما سبق، الاتفاق على تعليق القسمة الرضائية على شرط واقف³، كأن يتفق الشركاء على تعليقها على ثبوت ملكية عين لهم أو تعليقها على شرط فاسخ⁴ كأن يتفق الشركاء على انفساخ القسمة إذا لم يقر بها باقي الشركاء، كما أنه وباعتبار القسمة من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر فإنه يستلزم لتطابق الإيجاب والقبول الحضور الشخصي للشركاء أمام الموثق وفي حالة استحالة ذلك يتعين استظهار وكالة خاصة⁵.

¹ - م.ق عدد 04، 1992، ص 24.

² - راجع: م.ق، م.ع، عدد 04، 2000، ص 195.

³ - راجع: المادة 206 من ق.م.ج

⁴ - تنص المادة 1/207 من ق.م.ج أنه: «يزول الالتزام إذا تحقق الشرط الفاسخ ويكون الدائن ملزماً برد ما أخذه فاذا استحال الرد لسبب هو مسؤول عنه وجب عليه تعويض الضرر».

⁵ - راجع محمد عزمي البكري، قسمة المال الشائع، أحكام دعوى الفرز والتجنيب، دار الفكر العربي، ط3، القاهرة، 1994، ص 48.

ثانياً - القسمة عقد شكلي

العقد الشكلي هو العقد الذي يلزم لانعقاده إفراغ رضا المتعاقدين في شكل معين يحدده القانون¹ فهناك من التصرفات القانونية التي لا تتعقد بمجرد التراضي فلقد استثنى المشرع المعاملات العقارية من مبدأ الرضائية المعمول به في سائر العقود، إذا اشترط إفراغ كل معاملة أو تصرف يتعلق بعقار أو أي حق عيني عقاري في شكل رسمي وهو ما نصت عليه صراحة المادة 324 مكرر 1 ق.م.ج بقولها: « زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عينية عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها، أو التنازل عن أسهم شركة أو حصص فيها، أو عقود إيجار زراعية أو تجارية أو عقود تسيير محلات تجارية أو مؤسسات صناعية في شكل رسمي ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد...»².

يقوم الموثق في هذا الصدد بتحرير عقد القسمة³ اعتماداً على مخطط لموقع الأمكنة وهذا بالرجوع إلى مخطط مسح الأراضي للمنطقة الموجودة فيها العقار ويجب هنا تعيين مساحة وحدود العقار المشاع مع تحديد نسبة الحقوق العقارية في العقد الخاضع للشهر حسب النطاق الطبيعي له.

1- نقلاً عن محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 58. راجع أيضاً: مازن زايد جميل عمران، القسمة الرضائية في العقار، مذكرة لاكتمال متطلبات درجة الماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس فلسطين، 2008، ص 10.
2- ولقد أكدت المحكمة العليا وفي العديد من قراراتها على الشكلية الرسمية في التصرفات المتعلقة بالعقار ويترتب على مخالفتها البطلان وعدم الاحتجاج بها سواء في مواجهة الشركاء وحتى الغير فجاء في القرار الصادر عن الغرفة العقارية بالمحكمة العليا المؤرخ في 2002/04/24 تحت رقم 161 229 على أن القضاء بالمصادقة على قسمة ودية تمت بعقد عرفي مؤرخ في 1993 هو قضاء مخالف للقانون ما دام أن نقل ملكية أي عقار يجب أن يكون في الشكل الرسمي. راجع: م.ق.م.ع، عدد خاص، الغرفة العقارية، ج 1، 2004، ص 269.

راجع أيضاً: القرار رقم 414.655 المؤرخ في 2007/09/12، م.ق.م.ع، عدد 01، 2008، ص 211.

3- راجع المادة 03 من قانون رقم 02/06 مؤرخ في 2006/02/20، يتضمن تنظيم مهنة التوثيق، ج ر عدد 14 الصادرة في 8 مارس 2006.

يتم تحديد النطاق الطبيعي للعقار بطريقتين:

1- الطريقة الأولى: إذا كانت الأرض عارية مخصصة للفلاحة وليس عليها بناء فإن تحديد نسبة

الحقوق العقارية يكون بالكسور كالربع والنصف أو المساحة بالمتر المربع.

2- الطريقة الثانية: التعيين الدقيق للعقار إذا كانت الأرض الشائعة مشتملة على عقارات مبنية¹.

كما يجب إرفاق العقد بكل الوثائق التي تبين الحقوق العينية العقارية الواردة على العقار محل

القسمة ،وكذلك ما يثبت ملكية الشركاء من مستندات. كما يمكن طلب رخصة التجزئة في حالة ما إذا

كانت الأرض مقسمة إلى قطع مبنية².

يخضع عقد القسمة الرضائية المحرر من طرف الموثق إلى التسجيل والإشهار لدى المحافظة

العقارية لكي تنتج القسمة آثارها بين الشركاء وفي مواجهة الغير. وبعد الإنجاز يحتفظ الموثق

بالأصل ضمن أصول العقود المحفوظة لديه ويسلم نسخا من عقد القسمة الودية لمن طلبه من

الأطراف، ويستطيع المتقاسمون أن يحصلوا على الدفتر العقاري من المحافظة العقارية كل فيما

يخص الجزء المفرز الذي آل إليه بموجب القسمة³.

الفرع الثالث

شروط القسمة الرضائية

يقع الشيوع إما عن طريق الواقعة القانونية كالميراث مثلا إذ يترتب على وفاة المورث تملك

الورثة للمال ملكية شائعة بينهم كل بنسبة حصته ونصيبه المحدد في قانون الأسرة بشأن المواريث،

كما قد تكون ملكية العقار المشاع ناتجة بموجب تصرف قانوني كسواء عقار على الشيوع أو عن

طريق الشفعة أو الوصية.

¹ - سليمة مقروود، المرجع السابق، ص 11.

² - عمر حمدي باشا، نقل الملكية العقارية، دار هوم، الجزائر، 2000، ص 149.

³ - أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 70 و 71.

ومثلما سبق التطرق إليه في مقدمة هذه المذكرة فإن حالة الشيوع ليست أبدية، فقد خول القانون للشركاء حق الخروج من هذه الحالة وبالتالي فرز الأنصبة كل بحسب حصته في المال المشاع، و قد يكون ذلك بصفة رضائية وهو ما يصطلح عليه بالقسمة الرضائية.

لكن لكي تنتج هذه القسمة آثارها يجب توافر جملة من الشروط وهي التي أجمع عليها كل من الفقه الإسلامي (أولا) والقانون (ثانيا).

أولا- شروط القسمة الرضائية في الفقه الإسلامي

لقد اشترط الفقه لصحة القسمة الرضائية شروطا لابد من توافرها وهي كالتالي:

1- رضا المقسوم لهم أو من يقوم مقامهم

تتم القسمة في هذه الحالة باتفاق جميع الشركاء على قسمة المال الشائع بأن يأخذ كل منهم نصيبه من هذا المال بالطريقة التي تراضوا عليها.¹

فالقسمة الرضائية لا تجوز إلا بموافقة جميع الشركاء، البالغين والعاقلين، فإذا لم يكونوا كذلك فإنه تشترط موافقة من يقوم مقامهم، وهذا محل اتفاق الفقهاء. غير أنه قد يكون أحد الشركاء غير كامل الأهلية أو ناقصها كالصبي والمحجور عليه والمجنون وكذلك الغائب ففي هذه الحالات حرص الفقه على إتباع إجراءات مشددة لإتمام القسمة وذلك كالتالي:

-إذا كان الشريك محجورا عليه أو غائب فالقسمة الرضائية بوجود المحجور عليه طرفا فيها تختلف باختلاف ما إذا كان المحجور عليه خاضعا لنظام الولاية أو الوصاية²، فإذا كان خاضع لنظام الولاية فلا خلاف بين الفقهاء على أن للولي أن يقسم عن الصغير والمحجور عليه لجنون أو سفه، قسمة رضائية كالبيع مثلا سواء طلبها أحد الشركاء أو طلبها الولي.

¹ - محمد حسين قاسم، المرجع السابق، ص 153.

² - محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص 300.

-أما بالنسبة للوصاية فيرى جمهور الفقهاء أن للوصي أن يقسم عن الصغير ما دامت منفعة له، وذهب المالكية إلى أنه لا يجوز للوصي أن يقسم عن الصغير إلا بعد إذن القاضي¹.

وفي الحالة التي لا يكون للصغير ولي أو قاصر فإن الأمر يرفع إلى القاضي والذي ينصب عن الصغير وصيا أو ولية لتتم القسمة برضاه، وإن رفض ترفعوا إلى القاضي حتى يقسم بينهم، نفس الشيء بالنسبة للغائب فالقسمة الرضائية لا تكون إلا بأمر من القاضي وفي حالة ما إذا طلب أحد الشركاء القسمة فإنه يرفع الأمر إلى القاضي ليعين وكيلًا عن الغائب سواء كانت الغيبية قريبة أو بعيدة².

2- حضور المتقاسمين أو من يقوم مقامهم

يشترط لصحة القسمة أن يحضر الشركاء جميعًا أو من يقوم مقامهم، فلو كان أحدهم غائبًا فلا تصح القسمة أصلًا، ولا يقسم القاضي عنه إذا لم يكن عنه شريك حاضر، ولكنه لو قسم لا تنقضي قسمته، فالحنفية يصرحون بأنه إذا كان في الشركاء بغير ميراث غائب لا وكيل له فلا يقسم القاضي ولا غيره، أما إذا كانوا شركاء في ميراث، فيكفي حضور اثنين من الورثة ومن ثمة يقسم القاضي. ولكن الشافعية والمالكية والحنابلة ذهبوا إلى أن القاضي أو الحاكم يقسم على الغائب جبرًا سواء كان الوكيل حاضر عنه أو لم يكن³.

ثانياً - شروط القسمة الرضائية في القانون المدني

إن القانون المدني إلى جانب الفقه الإسلامي اشترط جملة من الشروط لصحة القسمة الرضائية يجب مراعاتها وهي كالتالي:

¹ -محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع نفسه، ص 300.

² - علاء الدين أبي بكر الكيسان، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج9، دار الحديث، القاهرة، 2005، ص 125.

³ -محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص 300.

1- لزوم إجماع الشركاء

أوجب المشرع الجزائري إجماع الشركاء على القسمة، وذلك لتنتج آثارها بإنهاء الشروع وهذا ما نصت عليه المادة 723 من القانون المدني الجزائري، وعلى ذلك فإن القسمة التي يتراضى عليها بعض الشركاء ترتب أثرها الخاص بالإفراز ويلزم لنفاذ القسمة في هذه الحالة أن يتم إقرارها من طرف جميع الشركاء الذين لم يشاركوا فيها وقت إبرامها، حيث يترتب هذا الإقرار أثره الرجعي من وقت إجراء القسمة.¹

إن إجماع الشركاء ورضاهم شرط من شروط نفاذ القسمة الرضائية بحق الشركاء ، بحيث إذا كان أحدهم معارضا في إجراء القسمة أو كان غائبا ولم يكن له ممثلا قانونيا وجب اللجوء إلى القسمة القضائية . إن الإجماع ما بين الشركاء قد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا، والإجماع الصريح على القسمة الرضائية يكون بتصريح الشركاء المعنيين شفاهة أو كتابة.²

أما الإجماع الضمني فلا يصح به الشركاء على الشروع، بل يستخلص من ظروف الواقع وما تفيد من قيام قسمة فعلية، أي أن إرادة جميع الشركاء اتجهت إلى إنهاء الشروع بالنحو الذي ساروا عليه، مثال ذلك: أن يتصرف أحد الشركاء على الشروع في جزء مفرز من المال الشائع يعادل حصته ثم ينهج نهجه سائر الشركاء، ويتصرف كل منهم في جزء مفرز آخر مستقل يعادل حصته في المال الشائع، فيستخلص من تصرفاتهم هذه ضمنا أنهم ارتضوا قسمة المال الشائع فيما بينهم.³

إن المقسوم لهم في القانون هم الشركاء أو من ينوب عنهم من ولي أو وصي أو وكيل، فهؤلاء أصحاب الحق في المال الشائع، لهم الحق في قسمته تراضيا أو طلب القسمة القضائية إذا رفض أحدهم.

¹ - أحمد شوقي، محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 105.

² - محمد وحيد الدين سوار، حق الملكية في ذاته في القانون المدني، ج1، ط2، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1997، ص 139، 140.

³ - همام محمد محمود زهران، الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية، دار الجامعة الجديدة دون بلد النشر، 2007، ص 338.

2- لزوم حضور جميع الشركاء أو من ينوب عنهم قانونا

إن المقسوم لهم في القانون هم الشركاء أو من ينوب عنهم من ولي أو وصي أو وكيل، فهؤلاء أصحاب الحق في المال الشائع، لهم الحق في قسمته تراضيا أو طلب القسمة القضائية إذا رفض أحدهم.

لكي تكون القسمة التي يقوم بها أصحاب الحق في الملكية الشائعة بصفة ودية صحيحة ومنتجة لآثارها، يشترط فيهم شروط معينة يمكن استخلاصها من خلال استقراء نص المادتين 723 و724 ق.م ج وهي كالتالي:

- وجوب حضور جميع الشركاء المتقاسمين المالكين على الشيوع وقت إجراء القسمة، وبالتحديد حضورهم أمام الموثق الذي يقوم بتحرير عقد القسمة بإفراغ اتفاق الأطراف وإرادتهم المتطابقة في شكل رسمي وفي حالة عدم حضور أحدهم وغيابه يتعين مراعاة الإجراءات التي يتطلبها القانون في شأن الغائب¹، حيث تنص المادة 115 من ق. الأسرة أنه: «لا يورث المفقود ولا تقسم أمواله إلا بعد صدور الحكم بموته، وفي حالة رجوعه أو ظهوره حيا يسترجع ما بقي عينا من أمواله أو قيمة ما بيع منها».

- تمتع الشركاء بالأهلية الكاملة والتي تكون ببلوغ سن الرشد والتمتع بجميع قواهم العقلية وغير محجور عليهم. ولكن ورود مثل هذا الشرط لا يمنع من إجراء القسمة بالاتفاق بين الشركاء وإنما، لكي تكون نافذة وصحيحة يجب مراعاة حالة نقص الأهلية إذا وجدت في أحد الشركاء وذلك بإتباع الإجراءات المنصوص عليها قانونا والمقررة لحماية ناقص الأهلية والتصرف في

¹ - تنص المادة 110 من القانون رقم 84-11 مؤرخ في 06/06/1984، المتضمن قانون الأسرة، ج.ر عدد 41، 1984، معدل ومتمم بالقانون رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005، ج.ر، عدد 15 في 27/02/2005. والتي تنص على أنه: «الغائب الذي منحه ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدة سنة وتسبب غيابه في ضرر الغير يعتبر كالمفقود»، وتضيف المادة 111 ق. الأسرة الجزائي على أنه «على القضائي عندما يحكم بالفقد أن يحصر أموال المفقود ويتسلم ما استحقه من ميراث أو تبرع مع مراعاة أحكام المادة 99 من هذا القانون».

أمواله حيث تنص المادة 88 ق. الأسرة على أنه: «على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص ويكون مسؤولاً طبقاً لمقتضيات القانون العام. وعليه أن يستأذن القاضي في التصرفات التالية:

1- بيع العقار، وقسمته، ورهنه وإجراء المصالحة.

2- بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة...».

يستخلص من هذه المادة ومن أحكام المادة 723 ق.م.ج أن إجراء القسمة بالتراضي جائز ولو كان من بين الشركاء ناقص الأهلية، ولكن شريطة حصول الولي أو الوصي على إذن من الجهة القضائية المختصة والمتمثلة في قاضي شؤون الأسرة لدى المحكمة الابتدائية، وبموجب أمر على عريضة¹، وذلك لكون قاضي شؤون الأسرة الكفيل لحماية أموال القاصر حسب ما نصت عليه المادة 424 ق.إ.م.إ: «يتكفل قاضي شؤون الأسرة على الخصوص بالسهل على حماية مصالح القاصر».

لذا يتعين في حالة وجود ناقص الأهلية بين الشركاء مراعاة الإجراءات المنصوص عليها قانوناً، سواء ما جاء في أحكام قانون الأسرة من وجوب الحصول على إذن مسبق، وذلك بإتباع الأحكام المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية فيما يتعلق الولاية على أموال القاصر² وفي حالة عدم مراعاتها، جاز لهذا الشخص التمسك ببطلان عقد القسمة، ويكون له المطالبة بذلك عند بلوغه سن الرشد أو عند رفع الحجر عليه إن كان محجوراً عليه، وهذا البطلان نسبياً مقرر لمصلحة هؤلاء وبالتالي يمكن إجازة القسمة الواقعة بين الشركاء والنزول عن التمسك

¹ - تنص المادة 479 قانون رقم 08-09، مؤرخ 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر عدد 21، الصادر في 23 فيفري 2008. على أنه: «يمنح الترخيص المسبق المنصوص عليه قانوناً والمتعلق ببعض تصرفات الولي، من قبل قاضي شؤون الأسرة، بموجب أمر على عريضة»، ومما تقتضي الإشارة إليه أنه حتى عند بيع أموال القاصر فإن المشرع قد أوجب بيعها في المزاد العلني، وهذا تشديداً منه وضمانة لفرض الرقابة القضائية على التصرف على أموال القاصر وهو ما جاء صراحة في المادة 89 من ق. الأسرة بنصها: «على القاضي أن يراعي في الإنان حالة الضرورة والمصلحة وأن يتم بيع العقار بالمزاد العلني».

² - راجع: المواد من 464 إلى 480 ق.إ.م.إ.

بالبطلان من طرفهم بزوال المانع أو بلوغ السن القانوني¹. و في هذا الصدد قررت محكمة النقض المصرية أن عقد القسمة من التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر، ومن ثم إذا كان أحد أطرافها قاصر فإن عقد القسمة يكون قابلاً للإبطال لمصلحته وبزوال حق التمسك بالإبطال بإجازته القسمة بعد بلوغه سن الرشد.²

كما صدرت عدة قرارات عن المجلس الأعلى - للمحكمة العليا حالياً - في هذا الشأن تؤكد مدى إلزامية الحصول على إذن للتصرف في أموال القاصر، منها القرار رقم 41470 المؤرخ في 1986/06/30 والذي قضى فيه بأنه لا يحق للأُم باعتبارها الولية القانونية على أولادها أن تتصرف في حق ابنها القاصر إلا بعد الرجوع إلى القضاء، وأن حماية حقوق القصر نفساً ومالاً من النظام العام، بحيث يجوز التمسك بها في أي مرحلة كانت عليها الدعوى، مما يتعين نقض القرار الذي رتب آثاراً قانونية لصالح الوكيل المسندة إليه الوكالة من الأم في حق ابنها القاصر والمتعلقة بحقه في إيجار شقة تركها له والده.³

3- تسجيل وإشهار عقد القسمة الرضائية

إذا كانت القسمة الرضائية تتعلق بمنقولات ، فإن القسمة تنتج آثارها بين الشركاء بمجرد فرز أنصبة هؤلاء حسب الطريقة التي يرونها مناسبة، وبالتالي تكون حيازة كل شريك لنصيبه المفرز بمثابة سند ملكية وفقاً للقاعدة المعروفة والقائلة بأن: «الحيازة في المنقول سند الملكية».

لكن كلما تعلق الأمر بقسمة عقارات فإن الوضع يختلف. فنظراً لكون عقد القسمة الرضائية هنا يؤدي إلى تعديل حق عيني عقاري، فإن القانون أوجب إفراغ الاتفاق في شكل رسمي مثلما سبق التطرق إليه آنفاً ، مع مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون في نقل الملكية العقارية وهو ما نصت

¹ - أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 72 و 73.

² - نقلاً عن أحمد خالدي، المرجع نفسه، ص 72.

³ - راجع م.ق. عدد 2، 1989، ص 281، راجع أيضاً القرار رقم 51282 المؤرخ في 1988/12/19، الصادر عن المحكمة العليا، م.ق. عدد 02، 1991، ص 63.

عليه المادة 793 ق.م.ج: «لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير، إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة الشهر العقاري».

فما دام أن القسمة تؤدي إلى إفراز لحق كان شائعا، وأن عملية الإفراز هذه تشبه عملية نقل الحق المبيع في عقد البيع العقاري¹، فإن ذلك لا يكون إلا بإتباع إجراءات نقل الملكية المتمثلة في الشهر العقاري لدى المحافظة العقارية لعقد القسمة المحرر من طرف الموثق.

بالإضافة إلى ما جاء في المادة 793 ق.م.ج باعتبارها الشريعة العامة للقوانين من وجوب شهر كل معاملة تتعلق بعقار أو حق عيني عقاري، فإن جل النصوص الخاصة المتعلقة بالعقار أكدت على هذه القاعدة تحت طائلة عدم نفاذ أي تصرف وعدم الاحتجاج به سواء في مواجهة الغير وحتى بين أطرافه، حيث نصت المادة 15 من الأمر رقم 75-74 المؤرخ في 12/11/1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري -باعتباره أول نص قانوني صدر تبنى نظام الشهر العيني- على أنه: «كل حق للملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إشهارهما في مجموعة البطاقات العقارية، غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية».

¹ - يتم تسجيل عقد القسمة الرضائية لدى مصلحة الطابع والتسجيل ويكون ذلك بدفع الرسم الجبائي بشأن هذه القسمة الرسمية المحررة أمام الموثق ويعتبر التسجيل وسيط بين عملية التوثيق والشهر وهو إجراء إلزامي يتعين على الموثق القيام به قبل إيداع عقد القسمة للإشهار أمام المحافظة العقارية، وإذا حدث أن أودع الموثق عقد القسمة للإشهار دون توفر تأشيرة أو دمغة التسجيل فهذا يكون من صلاحيات المحافظ العقاري رفع الإيداع ورفض الإشهار لعقد القسمة، لأن التسجيل يعتبر واحد من الإجراءات التي يتعين توافرها في المحررات الخاضعة للإشهار. راجع: نورة أرحمون، إثبات الملكية العقارية الخاصة في التشريع والقضاء الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2012، ص 21 و 22.

راجع أيضا أمر رقم 76-105 مؤرخ في 09 ديسمبر 1976 يتضمن قانون التسجيل، معدل ومتمم، ج.ر. عدد 81 الصادرة في 18 ديسمبر 1977.

كما تنص المادة 16 من أمر رقم 75-74 كذلك على ما يلي: «إن العقود الإدارية والاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصحيح أو تعديل أو انقضاء حق عيني، لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية».

يتم شهر عقد القسمة الرضائية وفقا لإجراءات وشروط الشهر المنصوص عليها في المرسوم رقم 76-63 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري المعدل والمتمم.¹

إن الغاية من اشتراط الشهر تتمثل في تحقيق هدفين أساسيين هما نفاذ التصرف² والحق محل الشهر في مواجهة الغير به ، فعملية نفاذ التصرفات القانونية في المجال العقاري عن طريق الشهر يعد عجز عن القواعد العامة المألوفة في نفاذ التصرفات فترتيب هذا الأثر يتوقف أو معلق على إجراءات الشهر وهذا ما يعد ضمانا على استقرار الملكية العقارية وبعث الثقة لدى المتعامل فيها وحمايتها³، كما أنه وبشأن القسمة تعد ضمانا من حيث تأمين حق كل طرف من مخاطر التراجع

¹ - نصت المادة 88 من مرسوم 76-62 مؤرخ في 25 مارس 1976 يتضمن مسح الأراضي العام معدل ومتمم، ج.ر عدد 30 الصادرة في 13/04/1976 على أنه: « لا يمكن القيام بأي إجراء للإشهار في المحافظة العقارية في حالة عدم وجود إشهار مسبق أو مقارن للعقد أو للقرار القضائي أو لشهادة الانتقال عن طريق الوفاة يثبت حق المتصرف أو صاحب الحق الأخير...»، تجدر الإشارة إلى أن هذه القاعدة الواردة في المادة 88 قد وردت عليها استثناءات جاء بها مرسوم رقم 80-210 مؤرخ في 13/09/1980 المعدل والمتمم للمرسوم رقم 76-63، ج.ر عدد 38 الصادرة في 16/09/1980، كما تم تعديل هذا المرسوم كذلك مرة أخرى بموجب مرسوم تنفيذي رقم 93-123 مؤرخ في 19 مايو 1993، ج.ر عدد 34 الصادرة في 23/05/1993.

² - لقد أكدت المحكمة العليا وفي العديد من قراراتها على وجوب شهر عقد القسمة الرضائية أو الودية تحت طائلة عدم نفاذها وبطلانها حيث قضت في قرارها رقم 198.689 المؤرخ في 31/05/2000 على أنه من المقرر قانونا إن القسمة التي لم تراعى فيها الإجراءات المنصوص عليها لنقل ملكية العقار وشهرها تعتبر قسمة مهابة تخص الانتفاع فقط مع بقاء ملكية العقار في الشيوخ، ولما ثبت أن قضاة الموضوع رفضوا دعوى الطاعن الرامية إلى إجراء قسمة قضائية بحجة وجود قسمة ودية فقد أسأوا تطبيق المادتين 732 و 733 من القانون المدني وعرضوا قرارهم للنقض، راجع م.ق عدد خاص، ج 1، الغرفة العقارية، 2004، ص 283

³ - راجع: نورة أورحمون، المرجع السابق، ص 25.

عن القسمة أو نقضها فيما بعد، فعقد القسمة المشهر لدى المحافظة العقارية تمنح صاحبه مركز قوي في حالة منازعة الغير له ويكون حجة إلى غاية ثبوت التزوير فيه.

المطلب الثاني

طرق إجراء القسمة الرضائية

مثلما سبق التطرق إليه أعلاه فإن القسمة الرضائية تركز على إجماع الشركاء واتفاقهم على الخروج من الشيوع بصفة ودية دون اللجوء إلى القضاء للمطالبة بذلك.

لذا باعتبار الاتفاق الركيزة الأساسية لإجراء القسمة الرضائية، فإن للشركاء الحرية في إجراء القسمة بالطريقة التي يريدونها إذا ما وافقوا عليها جميعا وهو ما ورد صراحة في المادة 723 ق.م.ج بنصها: «لشركاء إذا انعقد جماعهم أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التي يريدونها...» (فرع أول) على أنه مهما كانت الطريقة المعتمدة من الشركاء في القسمة وجب إتباع الإجراءات القانونية لإفراغ اتفاقهم في شكل رسمي أمام الموثق (فرع ثان).

الفرع الأول

لشركاء اختيار طريقة إجراء القسمة

يجوز للشركاء البالغين أن يقتسموا المال الشائع بينهم حسب الطريقة التي يختارونها، فقد يتفقون على أن تكون القسمة عينية (أولا) وقد تكون عن طريق بيع المال المشاع إذا ما استحالت القسمة العينية (ثانيا).

أولا- القسمة العينية

إذا أمكن إجراء قسمة المال الشائع عينا، يحق عندها للشركاء القيام بهذه العملية وفرز نصيب كل واحد منهم وتتم هذه القسمة، إما بمبادرة منهم شخصيا، أو عن طريق الاستعانة بخبير لإعداد

مشروع القسمة لهذه الأموال الشائعة خاصة إذا تعلق الأمر بعقارات . وعادة ما يلجأ المتقاسمون إلى الاستعانة بخبير عقاري وهذا لضمان عدالة القسمة ،لكون هذا الأخير يقوم بعمله اعتمادا على رسم مخططات وقياس هذه العقارات وتقييمها حسب طبيعة كل واحد منها، واعتمادا على السعر المرجعي للعقار وقت إجراء القسمة.

فإذا ما عمد الشركاء على القسمة بواسطتهم فيجوز لهم الاتفاق على جمع الأشياء المتماثلة والمختلفة، كما يجوز لهم جمع نصيب أو اثنين أو أكثر في قسم واحد، وهذا كلما تراضوا على ذلك فيفرزون نصيب كل واحد منهم في المال الشائع، كما لهم الاتفاق على تعديل الحصص بالنقد فيعتمدون القسمة بمعدل أو بغير معدل.¹

فضلا على ذلك ، يمكن للشركاء الاتفاق على أن تكون القسمة كلية بحيث تشمل كل المال الشائع أو جزئية تقتصر على جزء منه، فيظل الباقي منه شائعا بينهم وعلى أصله، كما يمكن أن يتفقوا على أن تكون القسمة بين البعض من الشركاء، في حين يقرر الآخرون منهم البقاء في الشيوع بالنسبة للجزء الذي آل إليهم بالإجماع.

أما في حالة ما إذا استعانوا بخبير، فإن هذا الأخير عادة ما يقوم باعتماد المراحل التالية لإنجاز مشروع القسمة الودية بين الشركاء والمتمثلة في:

1- طريقة المسح والفرز

إذا ما تعلق الأمر بقسمة عقارات فإن العملية تتم عن طريق المسح وذلك بقياسها وقسمتها بالمتر المربع إلى حصص متعادلة من حيث المساحة مع مراعاة طبيعتها من حيث الموقع، الجودة... إلخ وهذا لكي لا يكون هناك تفاوت بين الحصص، وأما إذا وجد فرق بينها وكانت حصة أكبر من الأخرى أو أن قيمتها غير متعادلة ،وجب هنا التعويض للشريك الذي آل إليه النصيب

¹ - محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 125، راجع أيضا: محمد حسن منصور، الحقوق العينية الأصلية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2007، ص 70 و71.

الأصغر أو الأقل قيمة وذلك بمبلغ مالي وهو ما يسمى بالمعدل الذي يكون بناءً على اقتراح الخبير الذي أعد مشروع القسمة، ليقوم بعدها هذا الأخير برسم مخطط وخريطة تبين الحصص ورقمها المؤقت مع أسماء الأشخاص الذين آلت إليهم بعد أن يعبروا عن موافقتهم.¹

مما ينبغي الإشارة إليه بصدد عملية القسمة، فقد يحدث أن يقوم مثلاً أحد الشركاء ببناء مسكن أو عمارة فوق جزء من الملكية الشائعة ومن ماله الخاص وبعد القسمة آل إليه هذا الجزء، فيتعين هنا على الخبير الإشارة إلى ذلك في تقريره عن طريق تقييم قطعة الأرض التي أصبحت من نصيب هذا الشريك مع تقييم البناء، لأن مشيد البناء بماله الخاص هو الذي يتحمل لوحده الرسم على قيمة البناء²، ويتم دفعه أمام مصلحة الطابع والتسجيل بعد إفراغ عقد القسمة في شكل رسمي أمام الموثق وقبل الإشهار بالمحافظة العقارية، أما الرسوم الأخرى فيما يتعلق بالأرض فيتحملها جميع الشركاء وإذا ما كان البناء والأرض مشتركاً فيتحملون جميعاً الرسم.

زيادة على ما سبق فإذا ما تعلق الأمر بقسمة المحلات واتفق الشركاء على قسمتها ودياً فيما بينهم، فإنه يمكن إجراؤها بطريقة قسمة الجمع ومثالها أن يقبل كل شريك بالانفراد بقطعة معينة لوحده أو بقطعتين فيكون هنا قد جمع كامل نصيبه في قطعة واحدة.³

2- طريقة القرعة لفرز أنصبة الشركاء

تفرز الحصص بالاقتراع بين الشركاء، ويرقم كل قسم برقم معين ثم يكتب اسم كل شريك على ورقة وتطوى بصورة لا يمكن تمييز الواحدة عن الأخرى، وتخلط ثم تسحب ورقة وتقرأ فيعطى القسم الأول الذي يحمل الرقم 01 إلى الشريك الذي يظهر اسمه وتتم العملية إلى نهايتها وتقسّم على جميع الشركاء فكل واحد يأخذ نصيبه بناءً على ما أسفرت عنه القرعة.⁴

¹ - راجع: سليمة مقروود، المرجع السابق، ص 20 و 21، راجع أيضاً: مازن زايد جميل عمران، مرجع سابق، ص 101 و 102.

² - مازن زايد جميل عمران، مرجع نفسه، ص 101 و 102.

³ - راجع بالتفصيل عن كيفية إجراء القسمة العينية بالتراضي: مازن زايد جميل عمران، المرجع السابق، ص 102-112.

⁴ - مازن زايد جميل عمران، المرجع نفسه، ص 102.

ثانيا - قسمة التصفية

قد يختار الشركاء في حالة تعذر القسمة العينية، القسمة عن طريق التصفية فيتفقون على بيع المال الشائع كله أو جزء منه، وهنا يمكن لأحد الشركاء شراء هذا المال وبعدها يقومون بقسمة الثمن فيما بينهم، ولكن إذا لم يتفقوا على ذلك يمكنهم اللجوء إلى عملية البيع عن طريق المزاد العلني ولهم الاتفاق على قصر المزايدة عليهم فقط، و في الحالة العكسية و إذا لم يرغب أحد الشركاء أو البعض منهم على أن تكون هذه العملية فيما بينهم ، فعندها يكون البيع بالمزاد العلني مفتوحا للجمهور عامة.¹

الفرع الثاني

الإجراءات القانونية في القسمة الرضائية للمال الشائع

تخضع قسمة المال الشائع قسمة اتفاقية للشكلية المطلوبة قانونا في المعاملات العقارية ونقل الملكية، وذلك حسب ما ورد في نص المادة 324 مكرر 01 التي تنص انه :« زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقارية أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها، أو التنازل عن أسهم من شركة أو حصص فيها، أو عقود إيجار زراعية او تجارية أو عقود تسيير المحلات التجارية أو مؤسسات صناعية في شكل رسمي ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد....».

فبعد أن يتفق الشركاء على جميع المسائل المتعلقة بالقسمة ، وإجرائها حسب الطريقة التي يرونها مناسبة، وحسب طبيعة المال المراد قسمته ،يستعين هؤلاء وكلما تعلق الأمر بعقار، بخبير عقاري من أجل القيام بالمعاينات اللازمة وحصر هذه الأملاك الشائعة وتحديدتها من حيث المساحة

¹ - مقرود سليمة، المرجع السابق، ص 18.

والموقع... إلخ حسب ما سبق ذكره آنفاً، وإعداد تقرير بذلك وفرز الأنصبة بناءً على اتفاقهم، أو بالقرعة ليقوم بإعداد مخطط وخريطة لهذه القسمة يرفقها الشركاء بملفهم من أجل إفراغ الاتفاق في شكل رسمي أمام الموثق.

يقوم الموثق بتحرير عقد القسمة وإفراغ اتفاق الأطراف في شكل رسمي وذلك بعد اطلاعه على الملف الكامل المقدم من هؤلاء الذي يجب أن يتضمن بالإضافة إلى السندات المثبتة للملكية وأصل الملكية، وكذا الفريضة والشهادة التوثيقية شهادة السلبية إذا كان مصدر الشيوع هو الميراث ما يلي:

- **رخصة التجزئة:** التي تشترط في كل عملية تقسيم لملكية عقارية إلى قطعتين أو أكثر في ملكية عقارية واحدة أو عدة ملكيات وهذا مهما يكن موقعها، وهو ما ورد طرحه في المادة 57 من القانون المتعلق بالتهيئة والتعمير¹ الآتي نصها: «تشترط رخصة التجزئة لكل عملية تقسيم لاثنتين أو عدة قطع من ملكية عقارية واحدة أو عدة ملكيات مهما يكن موقعها».

لقد أكدت المادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم 15-19 المؤرخ في 25 يناير 2015 المحدد لكيفيات تحضير عقود التعمير وتسليمها² على أنه: «...تشترط رخصة التجزئة لكل عملية تقسيم لقطعتين أو عدة قطع من ملكية عقارية واحدة أو عدة ملكيات مهما يكن موقعها إذا كانت قطعة أو عدة قطع أرضية ناتجة عن هذا التقسيم من شأنها أن تستعمل في تشييد بناية».

إن رخصة التجزئة³ هي وثيقة إلزامية يتعين على الشركاء إذن تقديمها للخبير عند إعداد مشروع القسمة، وإرفاقها بالملف أمام الموثق وإلا حق لهذا الأخير رفض إفراغ عقد القسمة في شكل رسمي لمخالفة القسمة للأحكام المعمول بها في مجال التهيئة والتعمير.

¹ - قانون رقم 90-29 مؤرخ في 01/12/1990، يتعلق بالتهيئة والتعمير، ج.ر. عدد 52 الصادرة بتاريخ 02/12/1990، معدل ومتمم بموجب قانون رقم 04-05 مؤرخ في 14/08/2004، ج.ر. عدد 51 الصادرة بتاريخ 15/08/2004.

² - ج.ر. عدد 07 الصادرة بتاريخ 12/02/2015.

³ - راجع بالتفصيل عن إجراءات استصدار رخصة التجزئة والجهة المختصة بإصدارها: إقولي ولد رابح صافية، قانون العمران الجزائري أهداف حضرية ووسائل قانونية، ط 2 دار هومه، الجزائر، 2015، ص ص 164-182.

- **شهادة التقسيم:** وهي عبارة عن وثيقة تبين شروط ومدى إمكانية تقسيم ملكية عقارية مبنية إلى قسمين أو عدة أقسام، تصدر عن رئيس المجلس الشعبي البلدي، ونصت عليها المادة 59 من القانون رقم 90-29 المتعلق بالتهيئة والتعمير المعدل والمتمم في حين حددت المادة 33 من المرسوم التنفيذي رقم 15-19 الطبيعة القانونية لشهادة التقسيم¹ على أنها: «... تعتبر شهادة التقسيم وثيقة تبين شروط إمكانية تقسيم ملكية عقارية مبنية إلى قسمين أو عدة أقسام».

فتحدد شهادة التقسيم التوجيهات التي يتكفل بها صاحب الطلب، ويضبط إجراءات وارتفاقات المصلحة العامة. وهذه الشهادة تشترط فقط في بعض عمليات التقسيم للعقارات والغرض منها حماية وتنظيم النسيج العمراني.²

كما يتعين على الخبير عند إعداد مشروع القسمة، وكذا الموثق عندما يتلقى الملف لإفراغ الاتفاق في شكل رسمي، أن يطلع على مخطط شغل الأراضي³، لكون هذا الأخير يحدد الارتفاقات ويعين مواقع الأراضي الفلاحية الواجب وقايتها وحمايتها، وتحدد المساحات الخضراء، والمواقع المخصصة للمنشآت العمومية، فمخطط شغل الأراضي **pos** يحدد بصفة مفصلة كفايات تنظيم وتنفيذ عمليات استعمال الأراضي وطرق تعميمها...إلخ.

= راجع أيضا: صادق بن عزة، دور الإدارة في مجال تطبيق أحكام العمران في التشريع الجزائري، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية والإدارية، تخصص قانون إداري وإدارة عامة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2012، ص 99-114.

¹ - يتم تحضير وتسليم شهادة التقسيم وفقا للإجراءات المنصوص عليها في المواد 34 إلى 49 من المرسوم رقم 15-19، المرجع السابق.

² - إقلاولي ولد رابح صافية، المرجع السابق، ص 210-214. راجع أيضا: صادق بن عزة، المرجع السابق، ص 125-127.

³ - يعتبر مخطط شغل الأراضي الأداة الثانية للتعمير التي نص عليها قانون 90-29 المعدل والمتمم حيث جاء في المادة 31 من هذا القانون على أنه: «يحدد مخطط شغل الأراضي بالتفصيل في إطار توجيهات المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير حقوق استخدام الأراضي والبناء...»، ويتم إعداده وفقا لما جاء في مرسوم تنفيذي رقم 91-178 مؤرخ في 28 مايو 1991، يحدد إجراءات إعداد مخططات شغل الأراضي والمصادقة عليه ومحتوى الوثائق المتعلقة بها، ج.ر. عدد 26 الصادرة في 01/06/1991، معدل ومتمم.

فضلا عن ذلك، فإذا تعلق الأمر بالعقار الفلاحي، فإن المشرع وضع قيودا على قسمته وذلك حفاظا على الوجهة الفلاحية له حسب نص المادة 55 من قانون رقم 90-25 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990 المتضمن التوجيه العقاري المعدل والمعدل على أنه: «تنجز المعاملات العقارية التي تنصب على الأراضي الفلاحية في شكل عقود رسمية ويجب ألا تلحق هذه المعاملات ضررا بقابلية الأراضي للاستثمار ولا تؤدي إلى تغيير وجهتها الفلاحية ولا تتسبب في تكوين أراضي قد تتعارض بحجمها مع مقاييس التوجيه العقاري وبرامجه...».

ولقد صدر في هذا الصدد المرسوم التنفيذي رقم 97-490 والذي يحدد شروط تجزئة العقار الفلاحي، فاشتراط على الشركاء في الشيوخ عند رغبتهم قسمة هذه الأراضي الحصول على رخصة تقسيم الأراضي الفلاحية، وهي عبارة عن وثيقة تثبت قابلية الأرض الفلاحية للقسمة العينية، تمنح من طرف مصالح مديرية الفلاحة على مستوى الولاية.¹

يقوم الموثق بعد اطلاعه على الملف المقدم من الشركاء ضمن خمس نسخ، وبعد ثبوت إرفاقه بجميع الوثائق اللازمة والمذكورة أعلاه من مخطط القسمة الودية ومختلف الرخص الإدارية، إذ استلزم الأمر، وهذا حسب موقع الأملاك المشاعة وطبيعتها، وبعد التأكد من هوية جميع الأطراف وأهليتهم وحضور الشهود، يقوم بتحرير عقد القسمة وإفراغ الاتفاق في شكل رسمي، على أن يقوم بتسجيله على مستوى مصلحة الطابع والتسجيل بدفع الرسم على هذه العقارات، ليختتم ذلك بشهر عقد القسمة أمام المحافظة العقارية، وبفضله يتم نقل الملكية، وبالتالي التمسك بهذه القسمة والاحتجاج بها في مواجهة الكافة، ليحتفظ الموثق بأصل عقد القسمة في محفوظاته ويقدم للشركاء نسخا عنه.

¹ - عادل بوحديش، المرجع السابق، ص 10.

الفرع الثالث

إثبات القسمة الرضائية

مادام أن الشكلية الرسمية المشترطة في المعاملات العقارية تعتبر ركنا لصحة التصرف ونفاذه يترتب على إغفالها البطلان، فإن إثبات هذا الحق لا يكون إلا بسند رسمي¹، وباعتبار القسمة الرضائية في العقار المشاع تتضمن تعديل حق عقاري، فيكون تحت طائلة البطلان وعدم الاحتجاج بها وجوب تقديم عقد قسمة رضائية مفرغ في شكل رسمي أمام الموثق ومشهر في المحافظة العقارية. وباعتبار القسمة ينتج عنها فرز أنصبة الشركاء، وبالتالي التحول من ملكية شائعة إلى ملكية مفرزة فإن القانون المدني باعتباره الشريعة العامة للقوانين، نص في مادته 324 مكرر 01 على اشتراط الشكلية الرسمية في إثبات الملكية العقارية الخاصة وذات المبدأ ثم التأكيد عليه في المادة 29 من ق.ت.ع والتي جاء فيها: «يثبت الملكية الخاصة للأملاك العقارية والحقوق العينية عقد رسمي يخضع لقواعد الإشهار العقاري».

أما في حالة ما إذا تعلق الأمر بإثبات قسمة منقولات شائعة، فإن القاعدة المطبقة في هذا المجال هي أعمال القواعد العامة التي تقضي أنه إذا زادت قيمة المال المقسوم على مائة آلاف دينار جزائري يجب أن يثبت كتابه حيث نصت المادة 333 ق.م.ج على أنه: «... في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني يزيد قيمته على 100.000 دينار جزائري، أو كان غير محدد القيمة فلا يجوز البحث في إثبات وجوده أو نقضه ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك».

تجدر الإشارة إلى أن الكتابة المشترطة بصدد قسمة المنقولات هي للإثبات فقط وليس للانعقاد عكس العقارات.

¹ - نورة أورحمون، المرجع السابق، ص 12.

المبحث الثاني

القسمة القضائية للمال الشائع

نظرا لما قد ينشأ على الملكية الشائعة من خلافات ومشاكل بين الشركاء، فإن المشرع اعتبرها ملكية مؤقتة، إذ أعطى لهؤلاء حق طلب الخروج من هذه الوضعية في أي وقت، ما لم يرغبوا البقاء في الشيوع برضائهم -وفقا للمدة التي يحددها على ألا تتجاوز إلى المرسوم قانونا- وما لم يكونوا مجبرون على هذه الحالة بنص قانوني.

لكن الخروج من الشيوع قد لا يتم بصفة ودية بين الشركاء نظرا لعدة أسباب، إذ يحدث أن يرغب مثلا بعض الشركاء الانتفاع لوحدهم بالمال الشائع دون المالكين الآخرين، أو أن أحدهم يريد الاستحواذ على أكبر حصة، فضلا عن ذلك قد يتمسك البعض منهم أو أحدهم بأخذ الحصة الأفضل سواء من ناحية الجودة، الخصوبة أو الموقع خاصة لما يتعلق الأمر بعقارات سواء المبنية منها أو الفضاء، زيادة على ما يمكن أن يصدر من بعضهم من محاولات ترمي إلى حرمان باقي الشركاء أو ذوي الحقوق من نصيبهم لاسيما لما يتعلق الأمر بقسمة التركة، فأنايية بعض الورثة تدفع بهم إلى محاولة حرمان الإناث من الميراث.

لذا إحقاقا للعدل، غالبا ما يلجأ الشركاء في الشيوع سواء أغلبيتهم أو أحدهم إلى العدالة من أجل وضع حد لذلك وإنصافهم، ويتم ذلك وفقا لشروط محددة قانونا يتعين توافرها لقبول الدعوى (مطلب أول) لتفصل المحكمة فيها وفقا لإجراءات معينة، وبالتالي يحصل كل شريك على نصيبه المفترض إن أمكن ذلك، أو اللجوء إلى التصفية أمام استحالة القسمة (مطلب ثان).

المطلب الأول

شروط دعوى القسمة القضائية للمال الشائع

إذا اختلف الشركاء في اقتسام المال الشائع، فعلى من يريد الخروج من الشيوع أن يبادر برفع دعوى على باقي الشركاء أمام المحكمة المختصة في ذلك، وهو ما نصت عليه المادة 724 / 1 ق.م.ج بقولها: «إذا اختلف الشركاء في اقتسام المال الشائع فعلى من يريد الخروج من الشيوع أن يرفع الدعوى على باقي الشركاء أمام المحكمة».

لكي تقبل دعوى القسمة اشترط القانون ضرورة توفر جملة من الشروط وهذا ضمانا لحقوق الأطراف، منها ما يتعلق بأطراف الدعوى وصفتهم (فرع أول)، ومنها ما يتعلق بالمال محل طلب القسمة ، وذلك بإثبات أن هذه الملكية الشائعة لم ترد عليها قيود تمنع قسمتها (فرع ثان)، ضف إلى ذلك وجوب رفع الدعوى أمام الجهة المختصة قانونا، على أن المشرع لم يقيد هذا الطلب بأي ميعاد أو أجل (فرع ثالث).

الفرع الأول

أطراف دعوى القسمة وإثبات صفتهم

تنص المادة 13 ق.إ.م.إ على أنه: «لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة، وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون».

يثير القاضي تلقائيا انعدام الصفة في المدعي أو في المدعى عليه.

كما يثير تلقائيا انعدام الإذن إذا ما اشترطه القانون».

إذا لابد من توافر الصفة في رافع دعوى القسمة وذلك بإثبات العلاقة بينه وبين الحق موضوع المطالبة القضائية ، وهذا بالإضافة إلى الشروط العامة الأخرى والمتمثلة في المصلحة في التقاضي والأهلية.

تتعدد صفات رافعي دعوى القسمة (أولا) على أنه عليهم إثبات ذلك أمام المحكمة بالوثائق أو التحقيق بسماع الشهود كلما اقتضى الأمر (ثانيا).

أولا- أطراف دعوى القسمة

تتعدد صفات رافعي أو مباشري دعوى القسمة، من شركاء لهم علاقة مباشرة بالحق موضوع المطالبة القضائية (1) أو علاقة غير مباشرة بصاحب الحق في الشروع (2)، كما يمكن للمحكمة أن تتدخل تلقائيا في ظل دعوى قائمة ووفقا لشروط معينة لوضع حد للشروع (3).

1- الشركاء في الشروع

يجوز لكل شريك يريد الخروج من الشروع رفع دعوى القسمة¹، فالمدعي هنا هو كل شريك مهما صغرت حصته ومن له حق شائع في المال محل طلب القسمة، سواء كان شريكا أصليا أو خلفا عاما أو خلفا خاصا تلقى هذا الحق من سلفه²، كما يجوز أن ترفع الدعوى من أكثر من شريك، كما يمكن أن ترفع من كل الشركاء باستثناء واحد إذا كان هذا الأخير هو الذي لم يوافق على القسمة الودية أو الرضائية.

أما المدعي عليه فهو كل شريك ماعدا رافع الدعوى، فالدعوى ترفع من ذي صفة على ذي صفة، وتقام على جميع الشركاء وأصحاب الحقوق العينية.

¹ - يتم رفع دعوى القسمة وفقا للإجراءات المنصوص عليها في المواد 13 إلى 20 من ق.إ.م.إ. وإشهار عريضة الدعوى لدى المحافظة العقارية حالة ما إذا كانت الأموال محل طلب القسمة لها سند مشهر بالمحافظة العقارية.

² - حياة كحيل، القسمة القضائية للعقار الشائع، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العقاري والزراعي، قسم القانون الخاص، جامعة سعد دحلب، البليدة، 2005، ص 14.

لكن قد يحدث أن ترفع الدعوى ضد بعض الشركاء دون البقية ففي هذه الحالة يتعين على المدعي أو المدعون حسب الحالة تدارك ذلك والقيام بتصحيح الإجراءات¹، بإدخال الشركاء الآخرين في الخصام ، وإلا رفضت الدعوى شكلا ، وهو ما أكدته القرار الصادر عن المجلس الأعلى الغرفة المدنية بتاريخ 1988/12/07 تحت رقم 47222².

كما يمكن للمدعي عليهم تقديم طلب يتضمن إدخال الغير أو الشركاء الذين لم توجه إليهم عريضة الدعوى في الخصومة ، بناء على طلب المدعي عليهم أو من تلقاء المحكمة نفسها، على أنه يجب أن يتم ذلك قبل إقفال باب المرافعات ،ووفقا لما جاء في المواد من 199 إلى 206 ق.إ.م.إ³، كما يجوز للشريك الذي لم ترفع ضده دعوى القسمة أن يطلب التدخل فيها في أي مرحلة كانت عليها الخصومة ولو أمام جهة الاستئناف⁴.

مما تجدر الإشارة أنه في حالة عدم اختصام بعض الشركاء في الشروع أو أحدهم، فإن الحكم الذي سيصدر في الدعوى لا يكون حجة عليهم، بل لهم الحق في الطعن بالإغائه عن طريق دعوى اعتراض

¹ - تنص المادة 62 ق.إ.م.إ: «يجوز للقاضي أن يمنح أجلا للخصوم لتصحيح الإجراء المشوب بالبطلان، بشرط عدم بقاء أي ضرر قائم بعد التصحيح.

يسري أثر هذا التصحيح من تاريخ الإجراء المشوب بالبطلان». تجدر الإشارة إلى أن طلب تصحيح الإجراءات يجب أن يقدم كأصل في أول جلسة ولكن في حالة ما إذا توفي أحد الشركاء خلال السير في الدعوى، فإنه يتعين على المدعي أو المدعون تقديم طلب بتصحيح الإجراءات ومنحهم أجلا لاستدعاء الورثة وإدخالهم كخصوم في الدعوى.

² - نورة أورهمون، المرجع السابق، ص 45.

³ - تنص المادة 199 ق.إ.م.إ: «يجوز لأي خصم إدخال الغير الذي يمكن مخاصمته كطرف أصلي في الدعوى للحكم ضده ، كما يجوز لأي خصم القيام بذلك من أجل أن يكون الغير ملزما بالحكم الصادر».

وتضيف المادة 202 ق.إ.م.إ: «لا يجوز للغير المدخل في الخصام أن يثير الدفع بعدم الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية المكلف بالحضور أمامها حتى ولو استند على شرط محدد للاختصاص».

⁴ - راجع المواد من 194 إلى 198 ق.إ.م.إ.

الغير الخارج عن الخصومة في غضون 15 سنة تسري من تاريخ صدور الحكم، أو في أجل شهرين إذا تم التبليغ الرسمي للحكم أو القرار أو الأمر إلى الغير.¹

قد يكون من بين الشركاء في الشيوع شريك غائب²، أو أنه عديم الأهلية أو ناقصها، ففي هذه الحالة يتعين استدعاء الوكيل القضائي لتمثيل الغائب، والولي أو الوصي لتمثيل عديم الأهلية أو ناقصها، وفي حالة ما إذا كان من بين الورثة حمل، فيوقف من التركة للحمل أكثر من حظ ابن واحد أو بنت واحدة إلى غاية وضع الحمل. وتمتع الجنين بحقوقه المدنية يكون بولادته حيا واكتسابه أهلية الوجوب.³

كما يمكن للدولة عند امتلاكها لعقارات في الشيوع مع الخواص، أن تلجأ عن طريق مسؤول أملاك الدولة في الولاية، بتقديم طلب لتقسيمها سواء بمبادرة منها أو بطلب من الخواص الشركاء معها⁴، وتتم القسمة وفقا لما جاء في المرسوم المحدد لشروط إدارة الأملاك الخاصة والعامة التابعة للدولة وتسييرها ويضبط كيفيات ذلك.⁵

¹ - راجع المواد من 380 إلى 389 ق.إ.م.إ.

² - يطبق على هذا الشخص حكم فقدان أو المفقود، وهو الذي لا يعرف مكانه ولا تعرف حياته أو موته، وبالتالي لا يعتبر مفقودا إلا وفقا لأحكام المادة 109 ق. أسرة.

³ - راجع المادة 173 ق. أسرة، راجع أيضا: أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 85.

⁴ - راجع كل من: -نورة أورحمون، المرجع السابق، ص 39، محمد عقوني، الحق في طلب القسمة القضائية للعقار الشائع، مجلة المفكر، العدد السادس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، ص 383.

⁵ - راجع المواد من 123 إلى 129 من مرسوم تنفيذي رقم 12-427 مؤرخ في 2012/12/16 يحدد شروط و كيفيات إدارة و تسيير

الأملاك العمومية والخاصة التابعة للدولة، ج.ر. عدد 69 الصادرة في 2012/12/29. ولمزيد من التفاصيل راجع حياة كحيل، المرجع السابق، ص 61 و 62.

2- دائني الشركاء

لا تقتصر دعوى القسمة على المدعي والمدعى عليهم ، أو المتدخلين أو المدخلين في الخصام من الشركاء، بل يضاف إلى ذلك ما نصت عليه المادة 729 ق.م.ج بقولها: «لدائني كل شريك أن يعارضوا في أن تتم القسمة عينا أو أن يباع المال بالمزاد بغير تدخلهم وتوجه المعارضة إلى الشركاء ويترتب عليها إلزامهم أن يدخلوا من عارض من الدائنين في جميع الإجراءات وإلا كانت القسمة غير نافذة في حقهم ويجب على كل حال إدخال الدائنين المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة.

أما إذا تمت القسمة فليس للدائنين الذين لم يدخلوا فيها أن يطعنوا فيها إلا في حالة الغش».

نستخلص من هذه المادة أن المشرع وحماية لمصالح دائني الشريك في العقار الشائع، ومنعاً من تواطؤ الشركاء والإضرار بهم، خول لهم حق التدخل في دعوى القسمة، ويكون ذلك برفع دعوى باسم مدينه إذا ما توفرت شروطها وفقاً للدعوى غير المباشرة، كما يجوز لمشتري جزء مفرز من العقار الشائع، أن يرفع دعوى القسمة باسم مدينه البائع، بمعنى رفع دعوى بوصفه دائناً لا شريكاً في الشيوخ.¹

يجب على الشركاء إدخال الدائنين المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة، أما الدائنون المقيدة حقوقهم بعد رفع الدعوى، فلا يلزم الشركاء بإدخالهم، إلا إذا قام هؤلاء الدائنون بالمعارضة في أن تتم القسمة بغير تدخلهم وتوجيه هذه المعارضة إلى جميع الشركاء.²

كما للدائنين أن يتدخلوا في دعوى القسمة من تلقاء أنفسهم ، عن طريق الانضمام إلى مدينهم باعتباره طرفاً فيها طبقاً للقواعد العامة، فإذا كان على الشركاء واجب إدخال الدائنين في الخصام ولم

¹ - راجع كل من: -حياة كحيل، المرجع نفسه، ص 62. - محمد عقوني، المرجع السابق، ص 382.

² - أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 137.

يقوموا بإدخالهم، كانت القسمة غير نافذة في حق هؤلاء الدائنين ، بحيث يعود الشيء إلى حالة الشروع بالنسبة إليهم، ويكون لهم حق طلب القسمة من جديد.¹

فإذا لم يتدخل الدائن في الدعوى، ولم يكن من واجب الشركاء إدخاله فيها طبقاً للمادة 1/729 ق.م.ج ، فليس له إلا أن يطعن فيها بدعوى عدم نفاذ التصرف ، إذا توافرت شروطها بإثبات إعسار الشريك المدين وتوافر الغش حسب الفقرة الثانية من نفس المادة أعلاه التي تنص: «إذا تمت القسمة فليس للدائنين الذين لم يدخلوا فيها أن يطعنوا فيها إلا في حالة الغش».

3- المحكمة

قد تقرر المحكمة من تلقاء نفسها القسمة القضائية، إذا كان من بين الشركاء شريك عديم الأهلية أو ناقصها أو أن أحدهم كان غائباً، ولم تعط المحكمة إذن لوصيه أو قيمه أو نائبه في الاتفاق على القسمة ،أو أنها أعطت له إذن ولكن لم تصادق على القسمة الاتفاقية لأنها أجمعت بحق هذا الشريك، فأعطى المشرع للمحكمة الحق في قسمة العقار حتى ولم يطلبه الشركاء ، وذلك إذا عارض الشركاء الذين يمثلون الأقلية تصرف الشركاء الذين يمثلون الأغلبية².

وهذا حسب ما نصت عليه المادة 720 ق.م.ج: «لشركاء الذين يمثلون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع أن يقرروا التصرف فيه إذا استند في ذلك إلى أسباب قوية على أن يعلنوا بعقد غير قضائي قراراتهم إلى باقي الشركاء ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان وللمحكمة عندما تكون قسمة المال الشائع ضارة بمصالح الشركاء أن تقدر تبعا للظروف ما إذا كان التصرف واجبا».

¹ -أحمد خالدي، المرجع نفسه، ص 137.

² - محمد عقوني، المرجع السابق، ص 383 و 384.

ثانيا- إثبات صفة أطراف الدعوى أو الخصوم

يتم إثبات صفة أطراف دعوى القسمة بجملة من الوثائق منها السند الرسمي، الفريضة، الشهادة التوثيقية، الشهادة العقارية إلى غيرها من الوثائق التي يكن أن تثبت هذه الصفة في الدعوى.

1- السند الرسمي

يعتبر السند الرسمي من أسمى أدلة الإثبات وعرفته المادة 324 ق.م.ج على أنه: «... عقد يثبت فيه موظف عام أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه».

نستخلص من المادة 324 أعلاه ، أن المشرع أورد جملة من الشروط التي يجب أن تتوفر في أي سند رسمي لكي يتم إعماله كسند لإثبات الملكية ، وبالتالي إثبات الصفة في التقاضي وفي الدعوى، ضف إلى ما نصت عليه المادة 793 ق.م.ج¹ والمادة 89² من مرسوم رقم 63-76 المعدلة والمتممة بموجب المرسوم رقم 80-210³ المؤرخ في 13/09/1980 والمعدلة كذلك بموجب المرسوم التنفيذي رقم 93-123⁴ المؤرخ في 1993.

¹ - تنص المادة 793 ق.م.ج على أنه: «لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير، إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة الشهر العقاري».

² - تنص المادة 89 مرسوم رقم 63-76 المعدل والمتمم: «لا تطبق القاعدة المدرجة في الفقرة الأولى من المادة 88 أعلاه.

- عند الإجراء الأول بشهر الحقوق العقارية في السجل العقاري والذي يتم تطبيقا للمواد من 08 إلى 18 من المرسوم 63/76. عندما يكون حق المتصرف أو صاحب الحق الأخير ناتجا عن سند اكتسب تاريخا ثابتا قبل أول يناير 1971».

³ - ج.ر. عدد 38 الصادرة في 16/09/1980.

⁴ - ج.ر. عدد 34 الصادرة في 23/05/1993.

تتمثل شروط العقد أو السند الرسمي المثبت للملكية¹ فيما يلي:

- أن يكون العقد محررا من طرف موثق بالنسبة للعقارات التابعة للأفراد، ومن طرف مدير أملاك الدولة بصفته موثق الدولة فيما يتعلق بالعقارات التابعة لها، أو من موظف عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة.
- يجب على الموظف العام أو المكلف بتحرير العقد التأكد من أهلية الأطراف.
- وجوب ذكر أصلية الملكية في السند، وذلك ببيان أسماء المالكين السابقين.
- تحديد العقار تحديدا دقيقا من حيث الموقع المساحة، معالم الحدود...الخ.
- تسجيل العقد أو السند لدى مصلحة الطابع والتسجيل.
- إلزامية شهر السند لدى المحافظة العقارية لكي ينتج آثاره سواء فيما بين الأطراف و لمواجهة الغير.

تتعدد السندات الرسمية المثبتة لحق الملكية العقارية ، فإما أن يكون توثيقا إذا حرره موثق، أو إداريا إذا صدر من موظف عام تابع لإحدى الإدارات العامة المركزية منها وغير المركزية، كما قد يرد في شكل سند قضائي صادر عن هيئة قضائية بصدد نزاع عرض عليها للفصل فيه بمعنى الأحكام والقرارات القضائية.²

إذ يشترط على طالب القسمة للعقار المشاع، تقديم ما يثبت صفته في ذلك عن طريق استظهار سند رسمي يثبت حقه، و إلا رفضت دعواه وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرارها رقم 320777 المؤرخ في 2005/10/12.

¹ - راجع بالتفصيل: نورة أورهومون، المرجع السابق، ص ص 12-27.

² - راجع: حياة كحيل، المرجع السابق، ص 22، راجع أيضا: نورة أورهومون، المرجع السابق، ص ص 27-46.

2- الفريضة

تعتبر الفريضة عقد يحرره الموثق، يذكر فيه كل ما يتعلق بالمورث و فيما يخص حالة التوريث من خلال ذكر أسماء الورثة ودرجتهم وجميع الموصى لهم.¹

تحرر الفريضة بمجرد وفاة المورث، وبطلب من الورثة أمام الموثق، بعد تقديم ملف كامل يحتوي على شهادات ميلادهم وشهادة وفاة المالك وشهادة الحالة المدنية، بالإضافة إلى تدعيم تصريحاتهم بشهادة الشهود. كما يمكن أن تحرر بأمر من الجهة القضائية المرفوع أمامها دعوى القسمة، حيث تصدر حكما قبل الفصل في موضوع الدعوى بتعيين موثق لإعداد الفريضة.²

تبرز أهمية الفريضة في كونها وثيقة لإثبات صفة الوارث في القسمة القضائية، واعتبارها قرينة قوية على وجود علاقة بين الوارث والمورث، لذا يتعين على المحكمة البحث في مدى توافر الصفة في أطراف الدعوى، وهو ما أكدت عليه المحكمة العليا في العديد من قراراتها، منها القرار المؤرخ في 1986/02/24 تحت رقم 40396 الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية ومما جاء فيه: « حيث من المستقر عليه قضاء أن تحديد الأنصبة في أي تركة كانت لا يقع إلا بعد إقامة فريضة شرعية، وهذا حتى يتسنى للمحكمة من بسط رقابتها على صحة المطالبة القضائية...».³

3- الشهادة التوثيقية

تصنف الشهادة التوثيقية أو كما يطلق عليها شهادة شهر الإرث ضمن العقود التصريحية، التي يقتصر فيها الموثق على تلقي تصريحات الورثة أو من أحدهم، وتحرير عقد يتضمن الإشارة إلى

¹ -نشرة القضاة عدد 62، الجزائر، 2008، ص ص 401-403.

² - حياة كحيل، المرجع السابق، ص 23 و 24.

³ - نقلا عن حياة كحيل، المرجع نفسه، ص 24.

الهوية الكاملة لاسم الوارث ذكر الحالة المدنية للمتوفى، جميع أسماء الورثة الشرعيين له المثبتة في الفريضة المستخرجة بعد وفاة المورث.¹

يتعين على كل شخص يتمسك بملكية حق عيني عقاري بفعل الوفاة، وبالإضافة إلى وجوب تقديم الفريضة التي تثبت صفته كوارث، بأن يقدم الشهادة التوثيقية لإثبات انتقال الحق من ذمة المورث إلى ذمة الورثة.²

مما تجدر الإشارة إليه، فإن الشهادة التوثيقية لا تشترط للتمسك بالملكية في مواجهة الشركاء في الشيوخ، وإنما تعتبر أداة بمقتضاها يتم إعلام الغير ومواجهتهم بها، وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2008/09/10 تحت رقم 305 463 ومما جاء فيه: «... حيث ما دام الأمر يتعلق بعدم التعرض للحيازة بين مالكين على الشيوخ فإن الصفة والمصلحة متوفرة عند الطرفين لثبوت العلاقة المباشرة الواقعة بين الأرض من موضوع النزاع وكل واحد من الطرفين...، فإذا ما ثبت أن الطرفين حقيقة شريكين فإن الشهادة التوثيقية لا تشترط لأن إثبات نقل الملكية من المالك إلى الوارث يطلب في مواجهة الغير الأجنبي عن الميراث فقط.

حيث كان على قضاة الموضوع التأكد من مدى ثبوت الحقوق التي ادعى بها الطرفين والفصل في الدعوى طبقاً للقواعد الخاصة بالملكية الشائعة إلى تصريح بعدم قبول الدعوى شكلاً مما يجعلهم قد أخطئوا في تطبيق القانون وعرضوا قرارهم للنقض».³

¹ - نقلا عن : نورة أورحمون، المرجع السابق، ص 29.

² - وهو ما نصت عليه صراحة المادة 1/91 من المرسوم رقم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري إذ جاء فيها: « كل انتقال أو إنشاء أو انقضاء لحقوق عينية عقارية بمناسبة أو بفعل الوفاة ضمن الآجال المحددة في المادة 99 يجب أن يثبت بموجب شهادة موثقة».

³ - م.م.ع، الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، عدد خاص، ج 03، المحكمة العليا، 2010، ص ص 195-198، راجع أيضا: نورة أورحمون، المرجع السابق، ص 29 و30.

مما يمكن قوله بشأن الشهادة التوثيقية، وأمام تضارب القرارات الصادرة من هرم النظام القضائي الجزائري بنوعيه الإداري المتمثل في مجلس الدولة، والعادي المتمثل في المحكمة العليا و بالمقارنة مع ما نصت عليه المادة 91 و 99 من المرسوم رقم 63/76، فإن الشهادة التوثيقية من الناحية العملية لا تشترط لقبول دعوى القسمة. فيكفي للمدعي تقديم الفريضة لإثبات صفته وصفة خصومه كورثة شرعيين للهالك، والأكثر من ذلك قد لا تقدم الفريضة بل يكفي تقديم شهادة ميلاد الأطراف وشهادة ميلاد المورث وشهادة وفاته، لكي تقوم المحكمة بإصدار حكما يقضي بتعيين موثق لإعداد فريضة للهالك وبعدها بتعين خبير لإعداد مشروع القسمة.¹

فضلا عن ذلك، وبالرجوع إلى واقع العقار في الجزائر بحيث نجد أن ثلاث أرباع من الأملاك العقارية ليس لها سندات رسمية تثبت الملكية، في حين الشهادة التوثيقية يشترط لتحريرها من الموثق أن تكون مخلفات الهالك أي الأملاك العقارية الموروثة ثابتة بسند رسمي، مما لا يمكن إعمال هذه الوثيقة كقيد أو شرط على رفع وقبول دعوى القسمة.

4- الشهادة العقارية

تعتبر الشهادة العقارية كشف رسمي يستخرج من مصالح الحفظ العقاري، فهي تحتوي على جميع المعلومات الخاصة بالعقار. فبفضل هذه الوثيقة يمكن معرفة الوضعية القانونية للعقار فهي ضرورية خاصة في النزاعات المتعلقة بدعوى الاستحقاق، القسمة، التصرف في الحصة الشائعة، التنفيذ الجبري إلى غيرها من النزاعات والحالات التي تستدعي تقديم هذه الشهادة.²

¹ - راجع في هذا الصدد وبالتفصيل: حياة كحيل، المرجع السابق، ص ص 25-29.

² - حياة كحيل، المرجع السابق، ص 41.

يتم تحرير الشهادة العقارية¹ بناء على طلب أي شخص مهما كانت صفته أمام المحافظة العقارية المختصة إقليمياً، وذلك مقابل تسديد رسوم معينة. ويجب تضمين الطلب بجميع المعلومات المتعلقة بصاحب العقار، وتحديد العقار من حيث الموقع، المساحة، واسم الشارع إذا كان بناء أو رقم القطعة إذا كانت أرض فضاء.

بالإضافة إلى الوثائق المذكورة أعلاه، نجد أن هناك مجموعة من الوثائق الأخرى يتعين تقديمها بصدد دعوى القسمة، وتتمثل في الوثائق المساحية والتي تشتمل على الرسم التخطيطي، الجرد العقاري للأراضي من حدود كل بلدية مع جميع التفاصيل لكل التجزئات وهذا بالنسبة للأراضي التي شملتها عملية المسح العقاري المجسد بصدد الأمر رقم 74-75 المؤرخ في 12/11/1975 المتضمن إعداد المسح العام وتأسيس السجل العقاري ونصوصه التطبيقية.

الفرع الثاني

عدم وجود قيد يجبر على البقاء في الشيوخ

إذا كان المشرع قد أجاز للشركاء في الشيوخ الخروج من هذه الحالة في أي وقت كان عن طريق رفع دعوى قضائية أمام المحكمة المختصة بذلك، من أجل وضع حد لهذا الشيوخ وإعطاء لكل شريك نصيبه المفرز، إلا أن هذا الحق ليس مطلقاً بل ترد عليه قيود، وهذه الأخيرة منها ما تكون إثر اتفاق بين الشركاء (أولاً) ومنها ما يفرضها القانون (ثانياً) وبالتالي تبقى إرادة الشركاء للخروج من الشيوخ مقيدة بعدم وجود اتفاق أو نص قانوني يمنع إزالة هذه الحالة وهو ما جاء بصريح المادة 722 ق.م.ج الآتي نصها: « لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع ما لم يكن مجبراً على البقاء في الشيوخ بمقتضى نص أو اتفاق ».

¹ - تستخرج أو تحرر الشهادة العقارية على حالتين: شهادة سلبية وهي التي تفيد أن العقار المعني ليست عليه أية قيود، وإما شهادة إيجابية والتي تفيد أن العقار المعني ترد عليه قيود أو تصرفات وتتضمن ملخص عنها . راجع: عمر حمدي باشا، المنازعات العقارية دار هوم، الجزائر، 2004، ص 203 - 206.

أولاً- القيد القانوني

تنص المادة 737 ق.م.ج أنه: «ليس للشركاء في مال شائع أن يطلبوا قسمته إذا تبين من الغرض الذي أعد له هذا المال أنه يجب أن يبقى دائماً على الشيوع».

نستخلص من هذه المادة أن الشريك في الشيوع قد يجبر على البقاء في هذه الحالة وهي ما يصطلح عليها بالشيوع الإجباري، وذلك متى تبين أن الغرض الذي أعد له الشيء الشائع لا يصلح للاستعمال إذا تم قسمته، فالعبرة بالغرض الذي أعد له العقار.

فإن كان الغرض أو الغاية تقتضي أن يبقى العقار الشائع دائماً في الشيوع ولا يمكن الانتفاع به إلا إذا ظل على هذه الحالة كان الشيوع هنا إجبارياً، و لقاضي الموضوع السلطة التقديرية لتقرير ما إذا كان العقار الشائع ضرورياً للاستعمال المشترك، وما إذا كانت القسمة من شأنها أن تعرقل استعمال هذا العقار أو أن الانتفاع به سيكون مستحيلاً إذا ما تمت قسمته إلى أجزاء.¹

إن الشيوع قد يكون إجبارياً أصلياً، وقد يكون إجبارياً بالتبعية، فيكون أصلياً إذا كان المال الشائع بطبيعته مخصص لخدمة أو استعمال جماعة معينة من الأفراد على وجه دائم،² ويكون إجبارياً بصفة تبعية خاصة لما يتعلق الأمر بالأجزاء المشتركة في ملكية الطبقات كالأراضي المقام عليها العمارة والشقق، وأجزاء البناء المعدة للاستعمال المشترك بين الجميع، فهي لا تقبل القسمة، وليس للشريك أن يتصرف في نصيبه فيها مستقلاً عن الجزء الذي يملكه مفرزاً³ وذلك وفقاً لما نصت عليه المادة 747 ق.م.ج: «لا يجوز أن تكون الأجزاء المشتركة أو الحقوق التابعة لها محلاً لدعوى التقسيم أو بيعاً بالمزايدة بمعدل عن الأجزاء الخاصة».

¹ - محمد عقوني، المرجع السابق، ص 378. راجع أيضاً: أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 37.

² - محمد عقوني، المرجع نفسه، ص

³ - أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 37.

إن الشيوع الإجباري التبعي هو الذي يكتسي أهمية كبيرة بالمقارنة مع الشيوع الإجباري الأصلي ويعود ذلك إلى عدة أسباب، منها كثرة هذه الحالة انتشارا إذ نجد الملكية فيه مكرسة لخدمة عقارات أخرى وتكون من ملحقاتها الضرورية، فلا يجوز فصلها أو التصرف فيها سواء بالتنازل عنها أو رهنها مستقلة عن العقار،¹ وهو ما أكدت عليه المحكمة العليا في إحدى قراراتها الصادرة بتاريخ 1991/07/10 تحت رقم 988-76 أين رفضت الطعن موضوعا واعتبرت أن قضاة الموضوع طبقوا القانون تطبيقا سليما لما قضاوا بالمصادقة على تقرير الخبير والتصريح بأن الأجزاء المشتركة تبقى على حالتها الطبيعية ولا يجوز قسمتها، لأن أي تقسيم يضر بحقوق الأطراف.²

أما عن الشيوع الإجباري الأصلي، فيتجسد في الغالب بالنظر إلى طبيعة العقار وموقعه خاصة لما يتعلق الأمر بالأراضي الفلاحية الشائعة، فلقد أورد المشرع عدة قيود على قسمتها والتي تضمنها المرسوم المحدد لشروط تجزئة الأراضي الفلاحية. و لقد سبق التطرق الى هذه الحالة في المبحث الأول من هذا الفصل.

ثانيا - القيد الاتفاقي

إن دعوى القسمة العقارية ليست بدعوى مطلقة، بل هي مقيدة إما بنص أو اتفاق وهذا إعمالا بما جاء في المادة 722 ق.م.ج التي تنص انه: «... ما لم يكون مجبرا على البقاء في الشيوع بمقتضى نص أو اتفاق». فيجوز تعطيل طلب القسمة تعطيلا مؤقتا، فيتنفق للشركاء في العقار المشاع على البقاء في الشيوع مدة معينة، وهذا الاتفاق يمنعهم طوال هذه المدة من طلب قسمة العقار المشاع.³

¹ - محمد عقوني، المرجع السابق، ص 387.

² - م.ق.م.ع، عدد 3، الجزائر، 1992، ص 35.

³ - محمد عزمي البكري، المرجع السابق، ص 18.

تتعدد الأسباب التي تدفع إلى البقاء في الشروع، فقد يكون أحد الشركاء ناقص الأهلية تتطلب القسمه معه إجراءات خاصة ومعقدة نوعا ما، وقد تكون طويلة إذ يمكن أن يبلغ ناقص الأهلية سن الرشد والقضاء لم يفصل نهائيا في دعوى القسمه، لذا وتقاديا لكل هذا يمكن للشركاء الاتفاق مع النائب عن ناقص الأهلية أن يبقوا في حالة الشروع إلى غاية استكمال ناقص الأهلية أهليته وبلوغه السن القانونية للمطالبة بإجراء القسمه القضائية.

كما قد يكون من بين الشركاء غائب يتوقع قدومه بعد مدة معينة، فيتفق الشركاء على البقاء في الشروع لغاية قدوم الغائب، كما يمكن أن يكون العقار الشائع مشروعا لا يمكن أن يعود بأرباح إلا بعد مدة معينة، فيفضلون البقاء في الشروع إلى غاية تحقق الفرصة المواتية، وتحقيق عائدات معتبرة منه خاصة إذا كان المال الشائع غير قابل للقسمه وبالتالي يكون محلا للبيع وبثمن مناسب.¹

يخضع الاتفاق على البقاء في الشروع من حيث انعقاده وصحته لحكم القواعد العامة، وباعتباره يعتبر من أعمال الإدارة لا من التصرف، فإنه يكفي أن تتوفر في الشريك أهلية الإدارة، كما لا يشترط أن يصدر هذا الاتفاق من جميع الشركاء، بل يجوز أن يصدر عن البعض منهم دون الآخرين لينتج اتفاقهم آثاره²، ويكون صحيحا وناظرا في حق من يخلف الشريك سواء كان خلفا عاما أو خلفا خاصا، فهذا الأخير يتقيد بالاتفاق الذي عقده سلفه إلى غاية نهاية المدة المتفق عليها حتى ولو لم يكن عالما به وما لم تتعدى الأجل المحدد قانونا.³

لقد قرر المشرع أجلا للاتفاق على البقاء في الشروع ووضع له حدا أقصى، فلا يجوز أن تتجاوز مدة خمس سنوات، وبالتالي لا يمكن المطالبة القضائية بالقسمه قبل انقضاء هذه المدة، وهو

¹ - راجع في هذا الصدد: محمد جمال الدية زكي، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة، 1987، ص 50، راجع أيضا: محمد عقوني، المرجع السابق، ص 385.

² - راجع: محمد عزمي البكري، المرجع السابق، ص 19.

³ - أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 37.

ما نصت عليه المادة 2/722 ق.م.ج: «... ولا يجوز بمقتضى الاتفاق أن تمنح القسمة إلى أجل يجاوز خمس سنوات وإذا لم تجاوز هذه المدة نفذ الاتفاق في حق الشريك وفي حق من يخلفه».

يفهم من هذه المادة أنه لا يجوز الاتفاق على البقاء في الشيوع لمدة تزيد عن خمس سنوات لكن يمكن الاتفاق بعد انتهاء هذه المدة على خمس سنوات جديدة، ويكون هذا الاتفاق صحيحا وتسري المدة الجديدة من يوم الاتفاق عليها، وليس من يوم انقضاء المدة السارية، لأنه لا يمكن ولا يجوز الاتفاق مسبقا على أن يتجدد الاتفاق بعد انقضاء المدة السابقة، وبالتالي يقع باطلا كل اتفاق للبقاء في الشيوع لمدة تزيد عن خمس سنوات.¹

الفرع الثالث

الشرط المتعلق بالاختصاص القضائي والميعاد

يجوز لكل شريك في الشيوع أو البعض منهم أو أغليبيتهم في حالة عدم الاتفاق على إجراء القسمة بصفة ودية فيما بينهم حول الأملاك الشائعة وكان من بينهم شريك أو شركاء ناقصي الأهلية أو عديميها أو منهم غائب اللجوء إلى الجهة القضائية المختصة (أولا) وفي أي وقت للمطالبة بوضع حد لحالة الشيوع دون أن يتقيد بميعاد أو أجل (ثانيا).

أولا- الجهة المختصة بالنظر في دعوى القسمة

يقصد بالاختصاص القضائي مدى صلاحية الجهة القضائية إقليميا ونوعيا للفصل في النزاع المرفوع أمامها. ويتحدد الاختصاص النوعي بالنظر لنوع وطبيعة النزاع، أما الاختصاص المحلي أو الإقليمي فيتحدد تبعا للموطن أو محل الإقامة.

جعل المشرع الجزائري الاختصاص بالنظر في دعوى القسمة للمحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها العقار المطلوب قسمته أو المحكمة التي يقع في دائرتها موطن المتوفى أي محكمة

¹ - أحمد خالدي، المرجع نفسه، ص 39.

مكان افتتاح التركة طبقاً لأحكام المادة 40 ق.إ.م.إ والتي تنص انه: « فضلاً عما ورد في المواد 37 و38 و46 من هذا القانون ترفع الدعاوى أمام الجهات القضائية المبينة أدناه دون سواها.....
2- في مواد الميراث... أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المتوفى...». وهو ما أكدت عليه كذلك المادة 498 ق.إ.م.إ بنصها على انه: « يؤول الاختصاص في دعاوى التركة إلى المحكمة التي يقع فيها موطن المتوفى حتى وإن وجدت بعض أملاك التركة خارج دائرة الاختصاص الإقليمي لهذه المحكمة ما لم ينص القانون على خلاف ذلك».

تضيف المادة 518 ق.إ.م.إ على انه: « يؤول الاختصاص الإقليمي إلى المحكمة التي يوجد العقار في دائرة اختصاصها ما لم ينص القانون على خلاف ذلك».

أما عن الاختصاص النوعي، فيتوزع بين كل من القسم العقاري وقسم شؤون الأسرة¹ كأول درجة فتنص المادة 511 ق.إ.م.إ على أنه: « ينظر القسم العقاري في المنازعات المتعلقة بالأملاك العقارية»، كما جاء في المادة 512 ق.إ.م.إ على أنه: « ينظر القسم العقاري على الخصوص في القضايا الآتية...».

9- في القسمة وتحديد المعالم....».

نستخلص من المواد المذكورة أعلاه، أن كل من يريد الخروج من حالة الشيوع له الحق في طلب ذلك أمام المحكمة الابتدائية كدرجة أولى سواء في قسمها العقاري إذا كانت الأموال محل القسمة تتعلق بعقارات شائعة وذلك مهما كان مصدر الشيوع، وإما برفع الدعوى أمام قاضي شؤون

¹ - يختص قاضي شؤون الأسرة بالنظر في الدعاوى المتعلقة بقسمة التركة حسب ما جاء في المادة 498 ق.إ.م.إ، كما يجوز له وعن طريق الاستعجال اتخاذ جميع التدابير التحفظية لاسيما الأمر بوضع الأختام أو تعيين حارس قضائي لإدارة أموال المتوفى إلى غاية تصفية التركة وهذا ما نصت عليه المادة 499 ق.إ.م.إ.

الأسرة إذا تعلق الأمر بقسمة التركة، و هنا يكون وكيل الجمهورية مدخلا في الخصام وذلك تطبيقا لما نصت عليه المادة 03 مكرر من قانون الأسرة.¹

تبدأ إجراءات المطالبة القضائية برفع دعوى عن طريق تقديم عريضة إفتتاحية للدعوى، تتضمن جميع البيانات المشترطة قانونا، وموقعة إما من المدعي أو المدعون أنفسهم إذا ما باشروا الخصام بأنفسهم وإما بواسطة محاميهم بصفته وكيلا عنهم.²

بعد قيد عريضة الدعوى أمام كتابة ضبط المحكمة ودفع الرسوم مثلما هو محدد قانونا بموجب قانون المالية، يقوم المدعي باستدعاء المدعى عليهم للحضور أمام المحكمة في التاريخ المحدد في عريضة افتتاح الدعوى.³

كما يتعين على المدعي مراعاة ما جاء في المادة 3/17 والمادة 519 ق.إ.م.إ. بموجب إشهار عريضة الدعوى بالمحافظة العقارية وتقديمها في أول جلسة ينادى فيها على القضية تحت طائلة عدم قبول الدعوى شكلا في حالة ما اذا كانت العقارات محل دعوى القسمة لها سندات مشهورة.

ثانيا - عدم تقييد دعوى القسمة بميعاد معين

إن رفع دعوى القسمة كأصل عام غير مقيد بأجل معين، فيحق لأي واحد من الشركاء أو البعض منهم إذا لم يتوصلوا إلى الاتفاق على قسمة الأملاك الشائعة بصفة ودية، أن يرفعوا وفي أي وقت دعوى قضائية للطالبة بالقسمة، وبالتالي منح كل شريك نصيبه المفرز، وهذا ما دام أن المشرع لم ينص صراحة على أجل معين يسقط فيه الحق في رفع الدعوى إذا لم يتم مباشرتها في مدة معينة.

فلا يمكن الدفع بالتقادم المسقط في الحقوق الميراثية إذا لم يتم رفع الدعوى في غضون 33 سنة لأن المطالبة بالحقوق الميراثية لا تتقادم بمرور المدة، وهو ما قضت به المحكمة العليا في العديد من

¹ - راجع المادة 03 مكرر ق. الأسرة الجزائري .

² - راجع المادة 14 ق.إ.م.إ.

³ - أنظر المادة 18 ق.إ.م.إ. والمواد 408 إلى 416 ق.إ.م.إ.

قراراتها¹، منها القرار المؤرخ في 2000/11/22 تحت رقم 204939 ومما جاء في وقائع الدعوى، أن المورث المشترك توفي في سنة 1949 وقامت المدعيتان برفع دعوى ضد باقي الورثة للمطالبة بحقهما في الميراث، وإذا بالمدعى عليهم تمسكوا بأحكام المادة 829 ق.م والدفع بتقادم الحقوق الميراثية تأسيسا على أحكام المادة أعلاه، وإذا بقضاة المجلس يصدرين قرارهم برفض الدعوى لشمولها بالتقادم المسقط. وإثر الطعن بالنقض المرفوع من طرف المدعيتين قامت المحكمة العليا بنقض القرار المطعون فيه على أساس أن المادة 829 ق.م لا تنطبق على دعوى المدعيتين اللتان تطالبان بحقهما في الميراث، وأن هذا الحق لا يتقادم بعدم الاستعمال أو المطالبة به، وأن أحكام المادة أعلاه تتعلق بالتقادم المكسب للحقوق الميراثية إذا دامت الحياة ثلاث وثلاثين عاما، وليس التقادم المسقط، كما أن المدعى عليهم لم يتمسكوا بالحياة المؤدية للتقادم المكسب و لم يقدموا ما يثبت ذلك.²

¹ - راجع القرار رقم 257.099 المؤرخ في 2001/07/18 الصادر عن المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية والموارث، م.ق.م.ع عدد 02، 2004 ص 331.

راجع أيضا تفاصيل القرار رقم 220023 المؤرخ في 2002/02/20 ، الذي يتمحور فيه واقع النزاع حول الخروج من الشيوخ والمطالبة بتعيين خبير لإعداد مشروع القسمة، حيث استجابت محكمة الدرجة الأولى للطلب وقضت بقبول الدعوى وقبل الفصل في الموضوع تعيين خبير، لكن وعلى إثر الاستئناف المرفوع من المستأنفين قضى المجلس بإلغاء الحكم المعاد والقضاء من جديد برفض دعوى الطاعنة على أساس أن المورث المشترك للأطراف قد توفي بتاريخ 1923/12/12 وأنه مضى على ذلك ثلاث و سبعين عاما، وبالتالي أخذوا بالدفع المثار وعليه التصريح بتقادم الدعوى وهذا دون التأكد من الحياة الفعلية والقانونية للأرض محل دعوى القسمة من المطعون ضدهم، وهذا ما كان سببا لنقض القرار وإبطاله لكون قضاة الموضوع قد أخطؤوا في تطبيق القانون ولم يميزوا بين التقادم المسقط والتقادم المكتسب. م.ق.م.ع. عدد 2، 2004.

² - م.ق.م.ع عدد خاص الغرفة العقارية، ج. 2، الجزائر، 2004، ص 233.

المطلب الثاني

إجراءات القسمة القضائية للمال الشائع

تقوم المحكمة المعروض أمامها دعوى قسمة المال الشائع، وبعد منحها لأطراف الدعوى فرصة لإبداء دفوعهم وطلباتهم الإضافية منها والمقابلة، وبعد اكتفاء الأطراف بمقالاتهم تضع القضية في المداولة لتتطرق بحكمها علنيا في الجلسة التي تحددها.

تلجأ المحكمة عادة في مثل هذه المنازعات إلى الاستعانة بذوي الخبرة في المسائل العقارية خاصة لما يتعلق الأمر بقسمة عقارات، وهذا نظرا لكون هذه المسألة عمل فني يخرج عن دائرة إختصاصهم ومعارفهم.

تصدر المحكمة في هذا الصدد حكما قبل الفصل في الموضوع بتعيين خبير (فرع أول) ليباشر هذا الأخير مهامه المحددة بمنطوق الحكم والتوصل إلى إعداد مشروع قسمة الأملاك المشاعة إن أمكن ذلك أو اقتراح بيعها بالمزاد العلني في حالة استحالة القسمة (فرع ثان).

الفرع الأول

الرجوع إلى خبرة قبل الفصل في الموضوع

تهدف الخبرة إلى توضيح واقعة مادية تقنية أو علمية محضة للقاضي، ويجوز للقاضي سواء من تلقاء نفسه أو بطلب من الخصوم أن يعين خبيرا أو عدة خبراء من نفس التخصص أو من تخصصات مختلفة للقيام بأعمال الخبرة بصفة جماعية أو على أفراد وإعداد تقرير مسببا.

إن الخبير هو شخص له خبرة فنية في اختصاصات مهنية معينة، يقوم بالمهام المسندة إليه بموجب الحكم القضائي القاضي بتعيينه، وهذا لإنارة الجهة القضائية التي عينته قصد الفصل في الدعوى.¹

¹ - يوسف دلاندة، الوجيز في الملكية العقارية الخاصة الشائعة اكتسابها إثباتها، حمايتها، إدارتها، قسمتها على ضوء القانون الجزائري وما استقر عليه قضاء المحكمة العليا، دار هوم، الجزائر، 2015، ص 157.

ومما تجدر الإشارة إليه فإن الحكم الأمر بالخبرة هو حكم تمهيدي ، وإن كان يصطلح عليه في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الساري المفعول حالياً بحكم ما قبل الفصل في الموضوع¹، ولقد نصت المادة 128 ق.إ.م.إ على أنه يجب أن يتضمن ما يلي:

- عرض الأسباب التي بررت اللجوء إلى الخبرة وتبرير تعيين عدة خبراء.
- بيان اسم ولقب وعنوان الخبير أو الخبراء المعيّنين مع تحديد التخصص.
- تحديد مهمة الخبير تحديداً دقيقاً.
- تحديد أجل إيداع تقرير الخبرة بأمانة الضبط.²

يتعين على من له مصلحة في مواصلة الإجراءات أن يقوم في الميعاد الذي تحدده المحكمة في منطوق الحكم بدفع تسبيق مالي³ على الخبرة، وذلك أمام كتابة ضبط المحكمة مقابل وصل يتم إرفاقه مع الحكم عند الانتقال إلى الخبير من أجل إعداد الخبرة المأمور بها.

يمكن للخبير المنتدب أن يرفض إنجاز المهمة المسندة له، على أنه يجب عليه تبرير ذلك الرفض، كما يجوز للخصوم كذلك رد الخبير المعين إما بسبب القرابة المباشرة أو القرابة غير المباشرة لغاية الدرجة الرابعة أو لوجود مصلحة شخصية أو لأي سبب جدي آخر.⁴

¹ - لقد نصت المادة 145 ق.إ.م.إ على أن الحكم ما قبل الفصل في الموضوع هو حكم قابلاً للتنفيذ بقوة القانون غير قابل للاستئناف إلا مع الحكم القطعي الفاصل في الموضوع وهذا إذا صدر حضورياً، لكن إذا ما صدر غيابياً فإنه يجب تبليغه إلى الأطراف المتغيبين لأنه منطقياً لا يجب تنفيذ الحكم على الخصم الغائب قبل تبليغه رسمياً بالطرق القانونية راجع في هذا الصدد: أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 144، 145 و 146.

² - يحق للخبير المنتدب إذا ما رأى أن المدة المحددة له في منطوق الحكم غير كافية لإنجاز أعمال الخبرة، جاز له أن يطلب من الجهة القضائية التي عينته أن يمدد له في الأجل إذا كان مبرراً لذلك وهذا ما نصت عليه المادة 132 ق.إ.م.

³ - في حالة عدم دفع التسبيق المالي في الأجل المحدد في منطوق الحكم يمكن للمعني بالأمر وبموجب أمر على عريضة طلب تمديد هذا الأجل أمام القاضي المصدر للحكم الأمر بالخبرة، وأما في حالة عدم دفع التسبيق وعدم طلب تمديد الأجل يعتبر الحكم لاغياً وهو ما نصت عليه المادتين 129 و 130 ق.إ.م.إ.

⁴ - راجع المادتين 1/132 و 133 ق.إ.م.إ.

الفرع الثاني

مباشرة أعمال الخبرة المأمور بها

لما يتوصل الخبير بنسخة من الحكم الذي عينه، وإذا لم يوجد أي مانع حول إنجاز المهام المكلف بها يباشر خبرته حسب ما هو مسطر له في منطوق الحكم وعادة ما يتضمن هذا الأخير ما يلي:

- استدعاء الأطراف قانونا والاطلاع على مستنداتهم.
- جرد الأملاك الشائعة بتحديد طبيعتها، موقعها، مساحتها... إلخ.
- تلقي تصريحات وأقوال كل شخص يمكن أن يفيد الخبرة.
- القول ما إذا كانت الأملاك الشائعة يمكن قسمتها عينا وإعداد مشروع قسمة بذلك، وفي الحالة العكسية إذا استحال القسم يتعين على الخبير بيان أسباب ذلك، وإذا وجد أي إشكال على الخبير الرجوع إلى المحكمة للبت فيه.¹
- قبل أن يبدأ الخبير في تنفيذ ما طلب منه يقوم باستدعاء الأطراف أي الخصوم استدعاء رسميا عن طريق محضر قضائي وإخطارهم بيوم وساعة ومكان إجراء الخبرة.
- ينتقل الخبير في اليوم المحدد إلى الأماكن لإجراء المعاينة وتنفيذ ما أمر به، وتدوين جميع ملاحظاته، ويقوم بالمعاينة والقياسات اللازمة، ويتلقى جميع أقوال الخصوم والشهود إن كان ذلك ضروريا، وجميع الوثائق والمستندات المقدمة له والتأشير بذلك وقيدها بتقريره.²

¹ - تنص المادة 136 ق.إ.م.إ: «يرفع الخبير تقريرا عن جميع الإشكالات التي تعترض تنفيذ مهمته، كما يمكن عند الضرورة طلب تمديد المهمة يأمر القاضي باتخاذ أي تدبير يراه ضروريا».

² - تنص المادة 137 ق.إ.م.إ: «يجوز للخبير أن يطلب من الخصوم تقديم المستندات التي يراها ضرورية لإنجاز مهمته دون تأخير. يطلع الخبير القاضي على أي إشكال يعترضه ويمكن للقاضي أن يأمر الخصوم تحت طائلة غرامة تهديدية بتقديم المستندات. يجوز للجهة القضائية أن تستخلص الآثار القانونية المترتبة على امتناع الخصوم عن تقديم المستندات»

=، راجع هذا الصدد: يوسف دلاندة، المرجع السابق، ص 168.

كما له أن يستعين بالمخططات التي تفيد إنجاز الخبرة وإعداد مشروع القسمة، وهذه المخططات قد تقدم له من الخصوم أو يتحصل عليها من الإدارات المكلفة بالحفظ العقاري سواء بالمحافظة العقارية أو مديرية مسح الأراضي.

بعد أن يستقي الخبير جميع المعلومات الضرورية والمخططات والمستندات يقوم بإعداد خلاصة عن ذلك وهو ما يصطلح عليه بتقرير الخبرة، حيث يجيب فيه على كل الأسئلة المطروحة في منطوق الحكم، ويثبت للمحكمة أنه قام بما هو مكلف به. وعلى العموم يتعين على الخبير أن يسجل في تقريره على الخصوص:

- أقوال وملاحظات الخصوم ومستنداتهم،
- عرض تحليلي لما قام به وعائنه في حدود المهمة المستندة إليه،
- نتائج الخبرة.¹

إذا الخبرة في نهاية المطاف تهدف إلى توضيح واقعة مادية معينة تقنية أو علمية للقاضي، لذلك فالخبير ملزم بالقيام بالمهام التي حددها له القاضي، هذا الأخير الذي يهدف خلال دراسته لملف القضية إلى استعمال المعطيات اللازمة للفصل في الدعوى على أكمل وجه وتحقيق العدالة.² فإذا توصل الخبير إلى أن هناك إمكانية للقسمة العينية قام بإعداد مشروع القسمة وفي حالة الاستحالة يبين ذلك في تقريره.

¹-راجع المادة 138 ق.إ.م.إ.

²- يوسف دلاندة، المرجع السابق، ص 168.

الفرع الثالث

حالات القسمة القضائية للمال الشائع

تنص المادة 2/724 ق.م.ج على أنه: «تعين المحكمة إن رأت وجها لذلك خبيرا أو أكثر لتقويم المال الشائع وقسمته حصصا إن كان المال يقبل القسمة عينا دون أن يلحقه نقصا كبيرا في قيمته».

فمتى ثبت أن العقار المشترك يمكن قسمته دون أن يترتب على ذلك انخفاض في قيمته، قام الخبير بإعداد مشروع للقسمة العينية وقسمة المال الشائع إلى حصص وتحديدتها، لتقوم المحكمة بعد المصادقة عليها وإن تبين لها أنها خبرة موضوعية وجدية بالقسمة بطريق الاقتراع (القرعة) وتثبيتها بعد فرز نصيب كل شريك (أولا) أما إذا تعذر قسمة العقار المشاع عينا بين الشركاء فإنه يجب بيعه في المزاد العلني وهو ما يصطلح عليه قسمة التصفية (ثانيا).

أولا- القسمة العينية

يقوم الخبير بعد المعاينة الميدانية وتدوين جميع المعلومات الضرورية المتعلقة بالأموال الشائعة محل القسمة، وإذا ما توصل إلى إمكانية قسمة هذه الأملاك، قام بإعداد مشروعه لتقويم هذه الأخيرة وقسمتها إلى حصص (1) لتقوم المحكمة بعد إرجاع الدعوى بعد الخبرة ووفقا لسلطتها التقديرية إما بالأخذ برأي الخبير والمصادقة على خبرته وبالتالي إجراء القرعة وفرز أنصبة الشركاء وتحرير محضر بذلك، وإما باستبعادها إذا لاحظت أن الخبير لم يقم بالمهام المسندة إليه على أحسن وجه أو أنها خبرة ناقصة وتأمّر بخبرة أخرى أو أي إجراء تراه مناسبا (2).

1- قسمة المال الشائع إلى حصص

لا تجرى القسمة العينية إلا في الأشياء القابلة للتجزئة، فيقسم فيه المال الشائع إلى أجزاء مفردة

تتناسب وحصص الشركاء، ويجب أن يظل الانتفاع بالمال محل القسمة ممكنا بعد القسمة وأن لا يكون من شأنها إنقاص قيمته¹، فإذا لم تتوفر هذه الشروط بيعت الأملاك الشائعة في المزاد العلني. يشرع الخبير في قسمته للمال الشائع، فيقوم بتكوين الحصص على أساس أصغر نصيب إذا كان ذلك ممكنا، ويراعي هنا الاختلاف في الحصص. فلما يتعلق الأمر بالعقار يجب مراعاة جودته ما إذا كانت أرض زراعية، والتفاوت في خصوبتها أو من حيث الموقع كقربها من الأنهار أو الطرق العامة أو الأسواق، كما يراعي الخبير عدم تفويت المنفعة على أحد الشركاء عند تقسيم المال المشاع. وكمثال على أصغر نصيب أن تكون أنصبة الشركاء مثلا هي النصف $\frac{1}{2}$ ، الثلث $\frac{1}{3}$ ، السدس $\frac{1}{6}$ فيقسم المال أسداسا، أو يكون أنصبتهم الثلثان $\frac{2}{3}$ ، الربع $\frac{1}{4}$ ، وجزء من اثني عشر $\frac{1}{12}$ ، فيقسم المال على اثني عشر جزءا².

لكن قد يتعذر في بعض الأحيان على الخبير إعداد مشروع القسمة وتكوين حصص متساوية ففي هذه الحالة يقوم بتقويم جميع الحصص، ويقترح بأن يقوم الشريك الذي يتحصل على الحصة الأكبر بأن يعرض عما نقص من قيمة حصة الشريك الذي تؤول إليه الحصة الأصغر، ويكون ذلك بمعدل من النقود وهو ما يسمى **بقسمة المعدل**. يتم تقدير قيمة الشيء الشائع وقت إجراء القسمة وليس وقت قيام الشيوخ ولا وقت رفع الدعوى³.

بعد أن يقوم الخبير بإعداد تقريره يقوم بإيداعه بكتابة ضبط المحكمة لدى أمانة رئيس كتاب الضبط، وعلى من يهمه الأمر والتعجيل إعادة السير في الدعوى بعد الخبرة المنجزة، ويكون هنا

¹ - فتمت أمكن قسمة الأملاك الشائعة عينا فهي وجوبية متى تمسك بها أحد الأطراف، وهو ما أكدت عليه المحكمة العليا في قرارها رقم 201854 الصادر بتاريخ 2000/09/27 وما جاء فيه: «لكن حيث أن المادة 728 ق.م تشترط لبيع العقار بالمزاد العلني أن تكون القسمة مستحيلة أو ينجر عنها انخفاض كبير في قيمته المال المراد قسمته وحيث أن العقار المشترك قابل للقسمة كما بينت الخبرة المنجزة وأن قسمته لا تؤدي إلى انخفاض قيمته...»، م.ق.م.ع عدد خاص، الغرفة العقارية، 2004، ص 274.

² - جابر مهنا شبل، المرجع السابق، ص 15، راجع أيضا أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 150.

³ - تنص المادة 2/725 ق.م.ج أنه : «إذا تعذر أن يأخذ أحد الشركاء كامل نصيبه عينا عوض بمعدل عما نقص من نصيبه»، راجع في هذا الصدد جابر مهنا شبل، المرجع السابق، ص 20 و 21.

راجع أيضا: عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 6، درا النهضة العربية، القاهرة، 1967، ص 932.

للقاضي السلطة التقديرية عند الفصل في موضوع الدعوى، إما باعتماد مشروع القسمة إذا تبين له أن الخبير كان عادلا و موضوعيا، وله أن يأمر بإجراء خبرة تكميلية، أو بحضور الخبير أمامه ليتلقى منه الإيضاحات والمعلومات الضرورية¹.

وفي هذا الطرح قضت المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 27/09/2000 تحت رقم 201 854 بما يلي: «... ولما كان ثابتا في قضية الحال أن قضاة الموضوع بما لهم من سلطة تقديرية قيموا الخبرة المنجزة والوثائق الحسابية المقدمة من قبل الأطراف، واعتبروا القسمة المقترحة عادلة وصادقوا عليها، فإنهم بقضائهم كما فعلوا يكونون قد أصابوا صحيح القانون،

ومن المقرر قانونا أن تقييم الوثائق والخبرة يخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع وأن المطعون ضده هو الذي التمس قسمة العقار المشاع وأن هذه القسمة أدت إلى منح الطاعن الطابق السفلي المنجز تماما ومسكون، وإلى منح المطعون ضده الطابق العلوي الذي هو في طور الإنجاز وأن المبلغ الممنوح للمطعون ضده يمثل مساهمة الطاعن في إتمام الطابق العلوي حتى تصبح الحصتان متساويتين، وأن هذا المبلغ لا يعتبر تجاوز السلطة بل هو نتيجة للقسمة، ومتى تبين لقضاة الموضوع أن الخبير قام بمهمته على أحسن وجه، وأن الحل الذي اقترحه عادل ومبني على معايير فنية، فإنهم كانوا على صواب عندما صادقوا على القسمة...»².

كما يمكن للقاضي استبعاد الخبرة، لكن يجب عليه في الحالة أن يسبب حكمه ببيان الأسباب التي أدت إلى ذلك وهو ما نصت عليه المادة 2/144 ق.إ.م.إ. على أنه: «القاضي غير ملزم برأي الخبير، غير أنه ينبغي عليه تسبب استبعاد نتائج الخبرة».

مما تجدر الإشارة إليه، أنه وبصدد إرجاع الدعوى بعد الخبرة، يقوم أطراف الدعوى بمناقشة الخبرة، وفي الأخير تقديم طلباتهم إما بالمصادقة عليها، أو منازعتها ومجادلتها خاصة فيما يتعلق

¹ - راجع المادة 141 ق.إ.م.إ.

² - م.م.ع عدد خاص، الغرفة العقارية ج1، الجزائر، 2004، ص 274.

بتكوين الحصص، فهنا تختص المحكمة المعروضة أمامها دعوى القسمة بالفصل في المنازعات المتعلقة بتكوين الحصص¹، وعادة ما يدعي أحد الشركاء عند منازعته طريقة تكوين الحصص وتحديدًا على أنها غير متساوية، أو الإدعاء أن الخبير يمكنه إجراء القسمة العينية بدون معدل، أو أنه يمكن تقسيم المال بطريقة أفضل من الطريقة التي اعتمدها الخبير.²

2-الحكم بإعطاء كل شريك نصيبه المفرز

تنص المادة 727 ق.م.ج على أنه: «تجرى القسمة بطريق الاقتراع، وتثبت المحكمة ذلك في محضرها وتصدر حكما بإعطاء كل شريك نصيبه المفرز».

يفهم من هذه المادة أن المحكمة لا يمكن لها فرز أنصبة الشركاء ومنح كل منهم حقه في المال الشائع إلا عن طريق القرعة، ولأن الخبير لا يحدد ولا يعين أصحاب هذه الحصص، فمثلا إذا كانت الحصص ثمانية و كان الشركاء ثلاثة فكان لشريك واحد حصة واحدة والآخر ثلاث حصص وللشريك الثالث أربع حصص، وضعت في القرعة ثمانية أوراق مرقمة من 01 إلى 08 ورقمت الحصص على هذا الوجه كذلك، ثم يختار الشريك الأول ورقة واحدة ويختار الشريك الثاني ثلاث أوراق في حين يختار الشريك الثالث أربع أوراق، فتؤول إلى كل شريك الحصة أو الحصص التي أوقعت القرعة رقمها في نصيبه، و متى تمت القرعة أثبتت المحكمة إجراءاتها بمحضر الجلسة ثم تصدر حكما بإعطاء كل شريك نصيبه المفرز³.

لقد قضى المجلس الأعلى سابقا (المحكمة العليا حاليا) في هذا الصدد في قراره المؤرخ في 1984/07/09 تحت رقم 32.812 والذي جاء فيه على أنه ما دام أن القانون قرر أن القسمة القضائية تجرى بطريق القرعة وتثبت المحكمة ذلك في محضرها وتصدر حكما بإعطاء كل شريك

¹ - تنص المادة 726 ق.م: «تفصل المحكمة في المنازعات وخاصة منها ما يتعلق بتكوين الحصص».

² - محمد عزمي البكري، المرجع السابق، ص 132.

³ - أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 166 و 167. راجع أيضا: عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 928.

نصيبه المفرز، فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً للقانون، وإذا ما تبين أنه لم يثبت أن الخبير المكلف بمشروع القسمة أو أن قضاة الاستئناف استعمل كل منهما فيما يخصه الإجراءات المأمور بها في هذا الشأن، وأن هؤلاء القضاة اكتفوا بالمصادقة على تقدير الخبرة، فإنهم بذلك خرقوا أحكام المادة 727 ق.م، و متى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه تأسيساً على مخالفة أحكام المبدأ المذكور.¹

فضلاً عن وجوب فرز أنصبة الشركاء من طرف المحكمة عن طريق القرعة، فإنه يمكن لهذه الأخيرة وبالإضافة إلى القرعة أن تلزم من تحصل على الحصة الأكبر بموجب القرعة، بأن يدفع لمن آلت إليه الحصة الأصغر مبلغاً من النقود حتى تتعادل الحصص،² وهذا حسب ما اقترحه الخبير في تقريره وتحديد الحصص ولا يجوز للمحكمة بأي حال من الأحوال أن تقرر منح أحد الشركاء نصيبه كله نقداً دون الحصول على حصة عينية.³

تقوم المحكمة بالفصل في دعوى القسمة فإن رأت أن الخبرة جدية ووافية، تقضي بإفراغ الحكم الصادر ما قبل الفصل في الموضوع والمصادقة على الخبرة المنجزة واعتماد محضر القرعة الذي بموجبه تم فرز أنصبة الشركاء وثبتت القسمة. ويجب أن يرد في منطوق الحكم جميع البيانات

¹ - م.ق. للمجلس الأعلى، عدد 03، الجزائر، 1989 ص 55.

.../كما جاء أيضاً في القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1997/12/23 تحت رقم 166661 (غير منشور) على أنه: «... حيث أن قضاة الموضوع بمجلس قضاء قالمة لم يخالفوا مضمون المادة 727 من القانون المدني، ذلك أن الطرف الطاعن رفض الإدلاء بأي تصريح أو رأي فيما يخص قسمة أو تقسيم تركة المتوفى (م.ب)، وأن موضوع رضا أطراف النزاع غير منصوص عليه في المادة 727 ق.م.ج الأمر الذي يجعل هذا الوجه الأول غير وجيه مما يتعين منه رفض»، نقلاً عن: عادل بوحديش، المرجع السابق، ص 30 و 31، راجع أيضاً:

- القرار رقم 47071 المؤرخ في 1988/09/26، م.ق.م.ع. عدد 01، 1992، ص 33.

- القرار رقم 439 91 المؤرخ في 1992/10/28، م.ق.م.ع. عدد 3، 1994، ص 18.

- القرار رقم 849 54 المؤرخ في 1989/10/25، م.ق.م.ع. عدد 1، ص 25.

² - راجع المادة 725 ق.م.

³ - راجع قرار المحكمة العليا تحت رقم 151301 المؤرخ في 1998/03/25، م.ق.م.ع. عدد 2، 1998، ص 28.

المتعلقة بأنصبة الشركاء وما آل إليهم من حصص خاصة الموقع، المساحة، النوعية، أو طبيعة الحصة، رقمها ورقم المخطط إلى غيرها من البيانات.¹

بعد صيرورة الحكم نهائياً بعدم وجود طعن حول القسمة، أو أن القضاء فصل نهائياً في الطعون وموضوع الدعوى، يتعين على أطراف الخصومة استكمال الإجراءات لنقل الملكية وذلك بإشهار الحكم بالمحافظة العقارية لكي يكون حجة بين الأطراف وفي مواجهة الغير.²

ثانياً - حالة استحالة القسمة العينية واللجوء إلى قسمة التصفية

قد يتبين للخبير عند القيام بمهامه استحالة إعداد مشروع القسمة للمال الشائع محل دعوى القسمة، فهنا يبين للمحكمة في تقريره أسباب عدم إمكانية القسمة، ويقوم بتقييم المال الشائع ويودع تقريره لدى كتابة ضبط المحكمة، هنا يكون قد أجاب على الأسئلة المطروحة له من المحكمة من خلال منطوق الحكم حول البحث في مدى إمكانية القسمة من عدمها.

تقرر المحكمة وفقاً لسلطتها التقديرية باعتماد تقرير الخبرة إذا ثبت لها أن هذه الأخيرة جدية وموضوعية وبالتالي تصدر حكمها بعد تسببيه تسبباً كافياً وتقضي بالقسمة عن طريق التصفية.

يقصد بالقسمة بطريق التصفية بيع المال الشائع عن طريق المزاد العلني وقسمة الثمن الذي يرسو به المزاد على الشركاء كل بحسب حصته في المال الشائع، فتتص المادة 728 ق.م.ج على أنه: « إذا تعذرت القسمة عينا أو كان من شأنها إحداث نقص كبير في قيمة المال المراد قسمته، بيع هذا المال بالمزاد العلني بالطريقة المبينة في قانون الإجراءات المدنية، وتقتصر المزايدة على الشركاء وحدهم إذا طلبوا هذا بالإجماع ».

¹ - راجع المواد 62 و 66 من مرسوم رقم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري المعدل والمتمم، مرجع سابق.

² - راجع المواد 15 و 16 من أمر رقم 74 / 75 المؤرخ في 1975/11/12 يتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، ج.ر عدد 92 الصادرة في 1975/11/18.

إن البيع بالمزاد العلني يمكن أن يقتصر على الشركاء فقط إذا طلبوا ذلك بالإجماع ويمكن أن يكون مفتوحا للجمهور¹، فالأصل أنه يجوز لأي شخص أن يتقدم للمزايدة سواء كان شريكا أو شخص من الغير، لكن المشرع الجزائري أعطى للشركاء الحق في أن يقتصر المزايدة عليهم إذا اتفقوا جميعا على ذلك، وتكون المحكمة في هذه الحالة ملزمة بالقضاء بما طلبه هؤلاء² وهو ما قضى به المجلس الأعلى في القرار رقم 41996 المؤرخ في 1986/06/02 وأهم ما جاء فيه: « إنه في حالة تعذر القسمة عينا... بيع جميع المال بالمزايدة مقتصرة على الشركاء وحدهم، إذا ما طلبوا هذا بالإجماع وعليه يستوجب نقض القرار الذي قضى بإلزام المدعين ببيع منابهم بالدار المشاعة بينهم وبين المدعى عليهم دون عرض الدار للبيع بالمزاد العلني»³.

لكن إذا كان من بين الشركاء ناقص الأهلية أو غائب، ففي هذه الحالة يجب مراعاة مصلحة ناقص الأهلية، وبالتالي لا يجب أن تقتصر المزايدة على الشركاء فقط خشية من تواطئهم على رسو المزاد على أحدهم ويثمن بخس⁴، ولقد نصت المادة 89 ق. الأسرة على ما يلي: « على القاضي أن يراعي في الإذن: حالة الضرورة والمصلحة وأن يتم بيع العقار في المزاد العلني»

يخضع بيع المال الشائع بالمزاد العلني للإجراءات المنصوص عليها في المواد من 747 إلى

765 ق.إ.م.إ.

¹ - تجدر الإشارة إلى أنه إذا كان الراسي عليه المزاد هو أحد الشركاء يكون رسو المزاد عبارة عن قسمة تصفية، أما في حالة ما إذا رسا المزاد على أجنبي فيعتبر هنا بيعا عاديا. راجع أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 172.

² - عادل بوحديش ، المرجع السابق، ص 33.

³ - راجع م.ق عدد 02، المجلس الأعلى، 1989، ص 78.

⁴ - عادل بوحديش ، المرجع السابق، ص 33.

الفصل الثاني

آثار القسمة النهائية للمال الشائع

متى تمت القسمة تراضيا بين الأطراف أو عن طريق القضاء وفقا للشروط والإجراءات المنصوص عليها قانونا، بما فيها الشهر العقاري- الذي يقوم به المحافظ العقاري وفقا لإجراءين اثنين بالنظر إلى موقع العقار إذا ما كان يقع ضمن منطقة ممسوحة، حيث يعتمد بعد اطلاعه على ملف القسمة، وقبوله للإيداع بإشهار العقد أو الحكم القضائي المكس لها عن طريق إنشاء بطاقة عقارية جديدة تتعلق بالوحدة العقارية الناتجة عن القسمة، ويؤشر اسم صاحب الحق عليها تطبيقا لما جاء في المادة 21 و 27 من مرسوم 63-76 المؤرخ في 1976/03/25 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، أو التأشير على البطاقة العقارية المتعلقة بالطالب إن وجدت أو إنشاء بطاقة عقارية باسمه إذا ما كان العقار يقع في منطقة غير ممسوحة أي خاضعة لنظام الشهر الشخصي- رتبت آثارها القانونية والمتمثلة أساسا في الإفراز بحيث يختص ويستأثر كل متقاسم بنصيبه المفرز ويمتلكه على انفراد (مبحث أول). على أنه يتعين وفي جميع الأحوال ضمان تحقيق عدالة القسمة والمساواة بين الحصص التي تؤول لكل واحد من المتقاسمين الآخرين، وإلا حق للمضروور منازعة المتقاسمين الآخرين وفقا لأسس محددة قانونا لجبر الضرر اللاحق به، والذي قد يصل إلى حد إعادة القسمة إذا أمكن ذلك (مبحث ثان).

المبحث الأول

الإفراز الأثر المباشر للقسمة النهائية

يعتبر الإفراز الأثر المباشر والأساسي المترتب على قسمة المال الشائع، بحيث يختص كل متقاسم بجزء مفرز يعادل حصته فيه، وهذا بعد أن كانت هذه الأخيرة رمزية عند قيام الشيوخ.

لا يثور إلى هذا الحد أي إشكال، لكن السؤال الذي يطرح نفسه بهذا الصدد يكمن في التكييف القانوني لعملية الإفراز، ومتى ينتج آثاره القانونية، هل من يوم إجراء القسمة وبالتالي يكون للإفراز أثر ناقل للقسمة؟ أم أن الحصة المفروزة كشفت عنها فقط القسمة، أو القول بأن المتقاسم يعتبر مالكا لحصته المفروزة منذ قيام الشيوخ وبالتالي أعمال الأثر الرجعي للإفراز المترتب عن القسمة.

لقد اختلفت التشريعات وحتى شراح وفقهاء القانون لردح من الزمن حول هذه المسألة، وعن بيان الوقت الذي أصبح فيه الشريك مالكا ملكية مفروزة للجزء الآيل إليه وهو الأمر الذي عرفه المشرع الجزائري إذ وبالرغم من أخذه وإقراره بالأثر الكاشف للقسمة (مطلب أول) إلا أن هناك ما يستشف نتيجة للتعارض بين عدة نصوص قانونية من تذبذب وغموض موقف المشرع الجزائري بصدد هذا التكييف، مما يفتح المجال إلى إمكانية تأويل ذلك بالقول بترتيب الأثر الرجعي والناقل للقسمة على غرار بعض التشريعات (مطلب ثان).

المطلب الأول

إقرار الأثر الكاشف للقسمة

تكشف القسمة اتفاقية كانت أم قضائية عن الحق وتفرزه، فالحصة المفترزة تبعا لذلك لا تنشأ بالقسمة وإنما يصرح بها¹ فقط، لأن المتقاسم مالك لحصته منذ أن كان مالكا للحق في الشيوع أي منذ دخوله في حالة الشيوع، وبأي سبب من الأسباب أو بأي مصدر من مصادر الشيوع، وليس من وقت القسمة، بدليل أنه يجب شهر هذه القسمة حتى يعلم الغير أن العقار المشاع قد تم قسمته وأن الشخص الذي يريد التعامل معه قد أفرزت حصته وهذا ما نصت عليه المادة 730 ق م ج بقولها: «يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التي ألت إليه منذ أن أصبح مالكا في الشيوع، وأن لم يكن مالكا على الإطلاق لباقي الحصص الأخرى»².

ويظهر إعمال الأثر الكاشف للقسمة من حيث نطاقه (فرع أول) ومن خلال النتائج التي تترتب عليها (فرع ثان).

¹ - وفي هذا الصدد يقول الدكتور إسماعيل غانم عن كون الأثر الكاشف مستمد من القسمة ذاتها: «إن التعليل الصحيح حق الشريك المشاع هو أنه حق ملكية محله المادي الشيء الشائع كله، وإن كان محددا تحديدا معنويا بحصة الشريك في الشيوع، فيترتب على ذلك أن القسمة بإفرازها للشريك جزءا ماديا من الشيء الشائع يختص به وحده، لا تكسبه حقا جديدا لم يكن له من قبل ... وإنما هي تقتصر على التغيير في هذا الحق على وجه معين، بإيجاد التطابق بين نطاقه المادي ونطاقه المعنوي، فبعد أن كان حق الشريك يرد على الشيء كله ولكنه محدد تحديدا معنويا بالثلث مثلا... أصبح هذا الحق ذاته بمقتضى القسمة محددا تحديدا ماديا بجزء معين من الشيء يختص به الشريك وحده يعادل الحصة التي كانت له في الشيء كله» نقلا عن: أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 206.

² - ولقد أخذ التشريع الأردني بفكرة الازدواجية لأثر القسمة حيث اعتبره كاشفا من جهة وناقلا من جهة أخرى، كما استقر القضاء عليها حيث نصت المادة 1038 من القانون المدني الأردني على ما يلي: «القسمة إفراز وتعيين الحصة الشائعة وقد تتم بالتراضي أو بحكم القاضي»، ولقد جاء في قرار محكمة التمييز الأردنية مايلي: «أن دعوى القسمة لا يقصد بها الفصل في نزاع على ملكية العقار المطلوب تقسيمه أو على حق من حقوق الارتفاق وإنما هي تهدف إلى تحديد الجزء المادي الذي يختص به كل واحد من الشركاء على اعتبار أن القسمة مبينة للحقوق لا منشئة لها»، نقلا عن مازن زايد، المرجع السابق، ص 140

الفرع الأول

نطاق تطبيق الأثر الكاشف للقسمة

يتحدد تطبيق الأثر الكاشف للقسمة من حيث الأشخاص الذين يسري عليهم هذا الأثر (أولا) والأموال التي يطبق عليها (ثانيا) إلى جانب التصرفات التي يترتب عليها (ثالثا).

أولا- نطاق الأثر الكاشف من حيث الأشخاص

ترتب القسمة الأثر الكاشف بالنسبة لجميع الأشخاص شركاء كانوا أو من الغير، فبالنسبة للمتقاسمين فإنه يحتج بالأثر الكاشف للقسمة على المتقاسم بحيث يجوز أو يحق للشريك الذي حاز بحسن نية نصيبه في العقار لمدة عشر سنوات، ثم تبين بعدها أن هذا العقار لم يكن مملوكا للمتقاسمين بأن يتمسك بالملكية لهذا النصيب، وفقا لأحكام التقادم القصير مادام استند في ذلك إلى سبب صحيح¹ فله الحق في الاحتجاج في مواجهة كافة، فتتص المادة 828 ق م ج على أنه: «إذا وقعت الحيابة على عقار أو على حق عيني عقاري وكانت مقترنة بحسن النية ومستندة في الوقت نفسه إلى سند صحيح فإن مدة التقادم المكسب تكون عشر (10) سنوات ولا يشترط حسن النية إلا وقت تلقي الحق».

والسند الصحيح هو تصرف يصدر عن شخص لا يكون مالكا للشيء أو صاحبا للحق المراد كسبه بالتقادم...».

¹ - مما ينبغي الإشارة إليه بصدد السند الصحيح، فإنه ليس في جميع الأحوال آلية لنفاذ تصرف معين بل يشترط أن يكون تصرفا قانونيا، فإذا استولى شخص على عقار معين فإنه ليس لورثته من بعده تملكه بالمدة القصيرة حتى ولو قاموا بالقسمة للتركة، وأما إذا اشترى شخص لعقار من غير مالك له وكان المشتري حسن النية باعتقاده أنه اشترى من مالك فإن عملية البيع تعتبر سببا صحيحا يجيز لكل شريك أن يكسب ملكية الحصة الشائعة أو الجزء المفروز الذي آل إليه بالتقادم القصير، راجع حياة كحيل، المرجع السابق، ص 74.

فالأثر الكاشف يسري على الكافة سواء كانوا ورثة أو أي شخص انتقلت إليه حصة كوارث في الشيوع قبل القسمة.

كما يمتد الأثر الكاشف أيضا ويسري على الغير ويظهر ذلك في عقد الرهن الرسمي مثلا: فقد يرهن أحد الشركاء حصته في العقار الشائع كما قد يرهن حصته المفزة¹، فإذا رهنها شائعة كان هذا الرهن صحيحا ما لم يضر بمصالح الشركاء الآخرين، فإذا حل أجل الدين ولم يحصل الوفاء حق للدائن التنفيذ على هذه الحصة وبيعها في المزاد العلني، وبالتالي يحل الراسي عليه المزاد محل الشريك الراهن في الشيوع. أما إذا وقعت القسمة قبل حلول أجل الدين فيتربط على ذلك عدة فرضيات، فإذا اختص الراهن بجزء مفرز من العقار مساو للجزء الشائع المرهون فإن الرهن ينصب على هذا الجزء، وأما إذا وقع العقار كله في نصيبه أو وقع في نصيبه جزء أكبر من الحصة الشائعة بقي الرهن قائما، أما إذا وقعت عقارات أخرى في نصيب الراهن، فإن الرهن ينتقل بمرتبة إلى قدر من هذه العقارات يعادل قيمة الحصة المرهونة.

فضلا عن ذلك، قد يرهن الشريك حصته المفزة قبل قسمة المال الشائع، فإن هذا الرهن لا يكون نافذا في مواجهة الشركاء الآخرين، لأن حق كل منهم يتعلق بهذا الجزء، ولا يحق عندها للشريك التصرف فيه، ويبقى هذا التصرف غير نافذ حتى تظهر نتيجة القسمة.²

فبإعمال الأثر الكاشف للقسمة فإن الدائن المرتهن وباعتباره من الغير، يسري في حقه هذا الأثر وبالتالي لا يكون للرهن أي أثر في حق الشركاء المتقاسمين إذ تنتقل إليهم أنصبتهم المفزة ويستأثرون بها خالية من أي رهن أو أي حق عيني تبقي رتبته أحد الشركاء في الشيوع قبل القسمة³،

¹ - تنص المادة 2/890 ق م ج على أنه: « وإذا رهن أحد الشركاء حصته الشائعة في العقار أو جزءا مفرزا من هذا العقار ثم وقع في نصيبه عند القسمة أعيان غير التي رهنها انتقل الرهن بمرتبته إلى الأعيان المخصصة له بقدر يعادل قيمة العقار الذي كان مرهونا في الأصل »

² - زاهية سي يوسف، عقد الرهن الرسمي، دار الأمل، الجزائر، دون سنة النشر، ص ص 49-51.

³ - راجع حياة كحيل، المرجع السابق، ص 74.

فلا يحق للدائن المرتهن الاحتجاج بالرهن في مواجهة الشريك الآخر الذي وقع هذا المال أو جزء منه في نصيبه عند القسمة، لكون الشريك ليس خلفا للشريك الراهن لكي يتم مواجهته و الاحتجاج ضده بالرهن¹ وكل هذا تطبيقا للأثر الكاشف للقسمة.

ثانيا - نطاق الأثر الكاشف من حيث الأموال

لقد خول المشرع للشركاء في الشيوع الحق في الخروج منه، بحيث ترد القسمة على جميع المال المشاع عقارات كانت أم منقولات أو أشياء غير مادية كالحق المالي للمؤلف، وذلك شريطة ثبوت وجود هذه الأموال قبل القسمة، لكي ينتج عنها إفراز أنصبة الشركاء وبالتالي ترتيب الأثر الكاشف لها.²

بمفهوم المخالفة إذا أثبتت القسمة حقا لأحد الشركاء على شيء لم يكن مشمولا بالشيوع فلا يسري الأثر الكاشف بالنسبة لهذا الحق³، فضلا عن ذلك فإنه يخرج من نطاق تطبيق الأثر الكاشف للقسمة مايلي:

➤ معدل القسمة

مثلما سبق التطرق إليه بشأن قسمة المعدل، والتي تكون في حالة عدم تساوي الحصص بأن يلتزم المتقاسم الذي تحصل على حصة أكبر بأن يؤدي إلى الشريك أو المتقاسم الذي آلت إليه الحصة الأصغر، بتكملة هذا الفارق بمبلغ من النقود أو ما يعادله. فقد يقدم أحد المتقاسمين عقارا كمعدل لتكملة نصيب متقاسم آخر وهذا النوع من القسمة ليست كاشفة، وإنما ناقلة لها، وبالتالي يعتبر المتقاسم الذي انتقلت إليه ملكيته خلفا للمتقاسم الذي نقلها له، وإذا حدث وتبين أن هذا المتقاسم

¹ - أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 207. راجع أيضا محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص 519.

² - أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 207.

³ - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 962.

الذي قدم عقارا كمعدل ليس مالكا له، فإن هذه القسمة عندها تصلح سببا صحيحا لكسب الملكية بالتقادم العشري.¹

➤ الحقوق الشخصية

يخرج من نطاق تطبيق الأثر الكاشف كذلك الحقوق الشخصية التي تشمل عليها التركة، ومثال على ذلك ديون التركة²، إذ قد يموت شخص وهو دائن لشخص أو لعدة أشخاص، فيحل ورثته في طلب الدين خلفا له، ويكون هذا الدين ومنذ البداية مشتركا بين الورثة، وإذا قبضه أحدهم وإنما يقبضه مالا مشتركا وليس حقا خالصا له، وإذا حدث وأن قبض الدين الذي في ذمة الغير جاز للورثة الآخرين الرجوع عليه في قبضه والسبب في ذلك أن القسمة لا تتم إلا برضا الشركاء أو عن طريق القضاء.³

فضلا عن ذلك فالحقوق الشخصية التي تشمل عليها التركة لا يرد عليها الشيوع، وبالتالي فهي منقسمة بين أصحاب الحق الشخصي منذ أن آلت التركة إلى الورثة بوفاة المورث، غير أنه عند عدم قابلية هذه الحقوق للقسمة فيطبق عليها عندئذ أحكام عدم القابلية للتجزئة لا أحكام الشيوع.⁴

ثالثا - نطاق تطبيق الأثر الكاشف من حيث التصرفات

إن كل تصرف يؤدي إلى انفراد الشريك بمال مفرز كان في السابق خاضعا للشيوع يعتبر من قبيل القسمة، التي يترتب عليها الأثر الكاشف إثر الإفراز، ويستوي أن تكون هذه القسمة في مجمل

¹ - حياة كحيل، المرجع السابق، ص 75.

² - تنص المادة 18 من قانون الأسرة المعدل والمتمم على ما يلي: « يؤخذ من التركة حسب الترتيب الآتي:

1- مصاريف التجهيز والدفن بالقدر المشروع.

2- الديون الثابتة في ذمة المتوفى.

3- الوصية.

4- فإذا لم يوجد ذوي فروض أو عصابة آلت التركة إلى ذوي الأرحام فإن لم يوجدوا آلت إلى الخزينة العامة.»

³ - أحمد خالدي، المرجع سابق، ص ص 215-216.

⁴ - عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، طبعة 1982، ص 253.

العقار الشائع أو في جزء منه، أو أن تشمل جميع الشركاء أو البعض منهم فقط¹، فيثبت الأثر الكاشف مهما كانت طريقة القسمة اتفاقية كانت أم قضائية، قسمة فعلية أو قسمة نهائية بقوة القانون ويتعلق الأمر في الحالة الأخيرة بالقسمة المهايأة المكانية² التي إذا دامت خمسة عشر (15) سنة انقلبت إلى قسمة نهائية وفقاً لما جاء في المادة 2/733 و 3 ق م ج التي تنص على أنه: « وإذا دامت قسمة المهايأة خمسة عشر سنة انقلبت إلى قسمة نهائية ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك. وإذا حاز الشريك على الشيوع جزء مفرزاً من المال الشائع مدة خمسة عشرة (15) سنة افترض أن حيازته لهذا الجزء تستند إلى قسمة مهايأة »

تعتبر القسمة العينية النطاق الطبيعي للأثر الكاشف سواء كانت بسيطة أم عن طريق التصفية فبالنسبة للأولى يتحصل فيها كل متقاسم على نصيبه المفرز يعادل تمام حصته في الشيوع، أو تحقيق هذه المساواة وفقاً لقسمة المعدل التي عادة ما تكون نقداً.³

وأما بخصوص قسمة التصفية فيتعين هنا التمييز بين فرضيتين اثنتين:

- فإذا بيع المال المشاع إلى أحد الشركاء بالمزاد عد ذلك البيع قسمة وبالتالي فإن عملية البيع هذه التي أدت إلى تملك الشريك للمال الشائع تعتبر كاشفة عن حق الشريك منذ القسمة.

¹ - أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 208.

² - إن قسمة المهايأة أو الانتفاع هي قسمة مؤقتة لا تؤدي إلى إزالة الشيوع كأصل، حيث يلجأ إليها الشركاء لتنظيم الانتفاع بالمال الشائع فقط، وهذه القسمة قد تكون زمانية أو مكانية، وبصدد هذه الأخيرة أي القسمة المهايأة المكانية الواردة على العقار أو المنقول قد تنقلب وتتحول إلى قسمة نهائية إذا دامت الحيازة فيها 15 سنة كاملة وهذا ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك.

فبقاء المهايأة المكانية طوال هذه المدة دون أن يرغب أحد في إنهاؤها هي دليل على قسمة نهائية ولا يكلف الحائز هنا بإثبات وقوع القسمة فما عليه إن رفعت ضده دعوى إلا أن يتمسك بتحول القسمة المهايأة إلى قسمة نهائية، كما أنه ومن أجل ترتيب هذه القسمة لآثارها عليه اللجوء إلى القضاء من أجل تكريس هذه القسمة ويتعين عليه إشهار الحكم في المحافظة العقارية، راجع في هذا الصدد:

نسيمة درار، المرجع السابق، ص 297.

³ - حياة كحيل، المرجع السابق، ص 75.

- أما إذا بيع المال المشاع لأجنبي عن طريق المزاد العلني، اعتبر ذلك بيعاً عادياً صادر من الشركاء فهو تمهيد للقسمة، أما الأثر الكاشف للقسمة هنا فيتحقق عند توزيع الثمن الذي بيع به المال المشاع في المزاد وما يؤول للشركاء منه.¹

كما أن هناك من التصرفات التي تعادل القسمة وترتب الأثر الكاشف، كأن يبيع أحد الشركاء حصته الشائعة لشريك آخر فتضاف هذه الحصة لحصة المشتري وفي المقابل يتلقى البائع ثمن المبيع كما لو كان يتقاضى معدلاً. ففي هذا المثال يكون التكييف القانوني لهذه العملية هو أن الشريك المشتري أصبح مالكا للحصة المبيعة من وقت البيع لا من وقت بدء الشروع.² لكن هناك من فقهاء القانون من يرى أن هذا التصرف له أثر ناقل لا كاشف للقسمة وحجتهم في ذلك أن عملية البيع يترتب عليها التعديل في توزيع الحصص الشائعة دون الإفراز، فالشريك المشتري هنا يعتبر خلفا للبائع في حدود الحصة المبيعة لا غير.³

فضلاً عما سبق فإن الأثر الكاشف لا يتصل فقط بمصلحة المتقاسمين، بل يتصل بمصلحة الغير كذلك الذي يتعامل مع أحد الشركاء قبل إجراء القسمة.

الفرع الثاني

النتائج المترتبة على إعمال الأثر الكاشف للقسمة

إن تكييف القسمة المؤدية إلى إفراز أنصبة الشركاء المتقاسمين كل حسب حصته في الشروع على أنها كاشفة تؤدي إلى ترتيب عدة نتائج وأحكام، والتي تظهر من خلال العديد من القواعد التي وضعها المشرع تماشياً مع هذا التكييف سواء في مجال التصرفات القانونية، وكذا في أحكام الضمان المتعلقة بالقسمة النهائية اتفاقية كانت أم قضائية وغيرها من الأمور التي تؤكد هذا المبدأ (أولاً)،

¹ - حياة كحيل، المرجع نفسه، ص 75-76.

² - حياة كحيل، المرجع نفسه، ص 76.

³ - محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص 518.

صف إلى ذلك تلك القواعد التي تمنع التمسك بنقل الملكية في بعض الحالات وبالتالي أعمال وترتب الأثر الكاشف فيها (ثانياً).

أولاً- القواعد الخاصة بالقسمة باعتبارها تصرف كاشف

يترتب على أعمال الأثر الكاشف للقسمة عدة آثار قانونية سواء ما تعلق منه بالتصرفات القانونية التي يجريها المتقاسمين بخصوص المال الشائع، وكذا ضمان المتقاسم بالتقرير له حق الامتياز على المنقولات والعقارات محل القسمة، صف إلى ذلك ترتيب القسمة لآثارها بين المتقاسمين قبل إشهارها بالمحافظة العقارية وإلى غيرها من النتائج التي تترتب على هذا الوصف.

1- عدم نفاذ التصرفات التي انفرد بها أحد الشركاء حال قيام الشيوع

تطبيقاً للأثر الكاشف للقسمة فإن التصرفات التي يبرمها أحد الشركاء حول كل المال الشائع تعتبر غير نافذة، وبالتالي عدم التمسك بها في حق باقي الشركاء، ويستوي أن تكون هذه التصرفات ناقلة للملكية كالبيع أو الهبة أو تكون قد رتبت حقاً عينياً أصلياً أو تبعياً على المال المشاع كحق الانتفاع، الارتفاق أو عقد الرهن الرسمي¹ أو الحيازي، والعلة في ذلك أن الشريك قد تصرف فيما لا يملك لوحده أما إذا تصرف في جزء من المال الشائع فإن نفاذ هذا التصرف يتوقف على نتيجة القسمة فإذا آل إلى الشريك الحصة التي تصرف فيها، فإنه يعتبر مالكا لهذا الجزء وقت بدء الشيوع لا القسمة، ولكن إذا ما كان النصيب محل التصرف من الشريك قبل القسمة قد آل إلى شريك آخر فإن هذا

¹ - فإذا قام أحد الشركاء برهن العقار الشائع كله فإن الرهن يكون صحيحاً بالنسبة لحصته ولا يكون نافذاً في حق الشركاء الآخرين وبالتالي يتوقف هذا التصرف على نتيجة القسمة، فإذا أفضت القسمة إلى أيلولة العقار محل الرهن كله إلى الشريك الراهن فإن الرهن يكون نافذاً وبالتالي يحتفظ الدائن بمرتبته التي اكتسبها من القيد الأول دون حاجة لإجراء قيد جديد أما إذا اختص الراهن بجزء من العقار المرهون فإن الرهن يترتب آثاره في هذا الجزء فقط دون الأجزاء الأخرى أو الأنصبة الأخرى للمتقاسمين وهذا تطبيقاً للأثر الكاشف للقسمة، وأما إذا آل إلى الراهن عقاراً آخر غير العقار المرهون انتقل الرهن إليه وفقاً لما جاء في المادة 2/890 ق م ج. راجع عن آثار الرهن الرسمي وانعقاده وطبيعة انقضائه زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 51-52. راجع أيضاً: عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 233.

الأخير يستأثر بهذا الجزء دون أي حقوق أو التزامات عليه، وبالتالي لا يحق للغير المتصرف له الاحتجاج أو التمسك بحق امتياز البائع وكل هذا إعمالا بالأثر الكاشف للقسمة.¹

كما ينطبق الأثر الكاشف للقسمة على الإيجارات التي أبرمها أحد الشركاء قبل القسمة فتكون نافذة ومرتببة لآثارها إذا آل إليه المال محل الإيجار بعد القسمة. وأما في حالة أيلولة هذا المال إلى متقاسم آخر ففي هذه الحالة ينتقل الإيجار إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بموجب القسمة، وهذا إذا وافق المستأجر على ذلك وإلا يحق له طلب إبطال التصرف إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المؤجرة ملكية مفرزة.²

ومما يمكن قوله بصدد التصرفات التي انفرد بها أحد الشركاء حول المال الشائع، فإنها لا تكون نافذة في حق الشركاء والمتقاسمين الآخرين حتى لو تم شهرها إذا كانت حقوق عينية أصلية أو تم قيدها إذا تعلق الأمر بالحقوق العينية التبعية.

¹ - حياة كحيل، المرجع السابق، ص 78.

² - ينطبق نص المادة 714 ق م ج على حالة الإيجار للملك الشائع لكونه تصرف قانوني حيث جاء في فحواها على أنه: «كل شريك في الشيوع يملك حصة ملكا تاما وله أن يتصرف فيها وأن يستولي على ثمارها وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء».

وإذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة، وللمتصرف إليه الحق في إبطال التصرف إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة.»

- و ما تجدر الإشارة إليه بصدد إيجار المال الشائع فإن المادة 714 ق م ج التي يمكن تطبيقها على جميع التصرفات جاءت موافقة لرأي مذهب المالكية في الفقه الإسلامي حيث يبرر هؤلاء إجازة الشريك الذي يقوم بتأجير حصته الشائعة دون رضا الشركاء الآخرين وذلك قياسا على حقه في بيع حصته الشائعة كون ذلك يحقق منفعة، فيما أنه يحق للشريك بيع حصته الشائعة وبالتالي له الحق أيضا في تأجيرها، وأما إذا أجرة الشريك في الشيوع لكل المال الشائع بدون موافقة بقية الشركاء فإن المالكية يذهبون إلى القول بعدم جواز القيام بذلك وبالتالي يتوقف صحته في حدود الحصة التي آلت إلى المتصرف بالإيجار وبناء على ذلك يحق للمستأجر طلب فسخ العقد إذا لم يكن يعلم بأن المؤجر كان يؤجر ملكه وملك غيره. راجع بالتفصيل في هذا الطرح: مازن مصباح صباح، إيجار المال الشائع في الفقه الإسلامي، مجلة الجامعة الإسلامية (سلسلة الدراسات الإسلامية، المجلد السابع عشر، العدد الثاني، دون بلد النشر، دون سنة، ص.ص 8-19).

2- امتياز المتقاسم

إن القسمة باعتبارها كاشف عن الملك لا ناقله له، فإنه يتعين إحقاق المساواة بين المتقاسمين. ويعتبر امتياز المتقاسم أحد مظاهر هذه الأخيرة، والذي يتقرر لضمان دفع الديون الناتجة عن القسمة أو بسبب القسمة وهو ما نصت عليه المادتين 998 و 1001 ق م ج.¹

يسري امتياز المتقاسم على القسمة سواء كانت ودية أو قضائية، كلية أو جزئية وأيا كان مصدر الشيوخ ميراث أو وصية أو عقد، فهو يضمن كل من معدل القسمة والثلث المترتب على التصفية وكذا التعويض الذي يثبت للمتقاسم بسبب استحقاق الغير لنصيبه المفرز.²

يتقرر امتياز المتقاسم على الحصة المفزة التي آلت إلى المتقاسم منقولا كان أو عقارا، بحيث يكون المتقاسمين الآخرين ضامنين ومدينين للمتقاسم صاحب حق الامتياز كل حسب نصيبه.³

3- شهر القسمة المتعلقة بعقارات

بالرجوع إلى القوانين المنظمة للشهر العقاري وكذا أحكام القانون المدني نجدها تميز بين التصرفات الناقلة للملكية وتلك الكاشفة عنها.

¹ - تنص المادة 998 ق م ج بخصوص امتياز المتقاسم في المنقول على مايلي: «لشركاء الذين اقتسموا منقولا، حق امتياز عليه تأميننا لحق كل منهم في الرجوع على الآخرين بسبب القسمة، وفي استيفاء ما تقرر لهم فيها من معدل. ويكون لامتياز المتقاسم نفس المرتبة التي تكون لامتياز البائع، فإذا تزامن الحقان قدم من سبق في التاريخ». في حين تنص المادة 1001 فيما يتعلق بامتياز المتقاسم في العقار على أنه: «... للشركاء الذين اقتسموا عقارا حق امتياز عليه تأمين لما تخوله القسمة من حق في رجوع كل منهم على الآخرين بما في ذلك حق المطالبة بمعدل القسمة، ويجب أن يتقيد هذا الامتياز وتكون مرتبته مماثلة لشروط امتياز البائع المشار إليه في المادة 999».

² - تيقرين ثيزيري، حماني حكيمة، قسمة المال الشائع في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تبعية القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2013، ص 52.

³ - راجع بالتفصيل: زيار نوفل زوينة، حق الامتياز في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، 2004، ص 95 وما يليها، راجع أيضا أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 220.

فالتصرفات الناقلة للملكية وبوجه عام الحقوق العينية الأصلية وما تفرع عنها من حقوق انتفاع واستعمال وسكن وارتفاق، لا يكون له أثر لا بين الأطراف ولا بالنسبة للغير أو في مواجهته سواء في إنشائها، نقلها، تعديلها أو حتى إنهائها، إلا إذا روعيت فيها جميع المسائل المتعلقة بالشهر العقاري كالبيع، المقايضة، الهبة والوصية، ففي حالة عدم الشهر فإن هذه التصرفات ترتب فقط التزامات شخصية لا غير.¹

أما التصرفات الكاشفة والمقررة للملكية كالحكم الصادر بشأن القسمة والصلح وتثبيت الملكية عن طريق التقادم المكسب، فهي كلها كاشفة عن الملكية وبالتالي وجب شهرها لتنتج آثارها في مواجهة الغير فقط، أما بالنسبة لأطراف القسمة أي الشركاء المتقاسمين فإن القسمة تنتج آثارها بينهم حتى ولو لم يشهر هذا الحكم لأن القسمة هنا كاشفة لا ناقلة للملكية.²

لكن وعلى الرغم من أن مبادئ نظام الشهر العقاري تميز بين التصرفات الواجب إخضاعها للشهر لتنتج آثارها بين المتعاقدين والغير أو في إحداها دون الآخر، إلا أن المشرع الجزائري لا يميز بين التصرفات الناقلة لحق عيني على عقار وتلك التصرفات الكاشفة من حيث أثر الشهر، فالقسمة في التشريع الجزائري يجب أن تقيد في مجموعة البطاقات العقارية لكي ترتب آثارها في مواجهة الغير وحتى بين المتعاقدين.³

ثانيا - القواعد المترتبة على نفي الوصف الناقل

إن تأكيد المشرع الجزائري لأخذه بالأثر الكاشف للقسمة لم تتوقف فقط على ورود أحكام في التشريع تقرره، وإنما يضاف إليه وضع أحكام وقواعد تنفي الأثر الناقل للقسمة وتؤكد الأثر الكاشف

¹ - راجع المادة 16 من أمر 74-75، المرجع السابق.

² - راجع حياة كحيل، المرجع السابق، ص 81.

³ - راجع المواد: 15 و 16 من أمر 74-75 المؤرخ في 12/11/1975، المرجع السابق، راجع أيضا المادة 793 ق م ج.

لها، ويظهر ذلك من خلال عدم جواز التمسك بالقسمة كسبب للتملك بالتقادم القصير¹ وعدم إمكانية استرداد المال المتنازع فيه بعد قسمته.

1- عدم جواز التمسك بالقسمة كسبب صحيح للتملك بالتقادم القصير ونقل الملكية

إعمالاً بالأثر الكاشف للقسمة الذي يتحقق - وكما سبق ذكره - بموجب القسمة، بحيث يكون كل شريك أفرز نصيبه مالكا لهذا النصيب منذ قيام الشيوخ، إذ يعتبر وكأنه مالكا ملكية مفرزة منذ البداية لم يدخل أبداً في حالة الشيوخ²، وبالنتيجة فإذا لم يكن الشركاء مالكين للعقار محل القسمة كأن قام مورثهم بالاستيلاء عليه فإنه وبعد قسمته من الورثة باعتبارهم شركاء في الشيوخ بموجب الميراث، قد يحدث أن يظهر المالك الحقيقي لذلك العقار ويطالب باستحقاقه، ففي هذه الحالة لا يمكن للمتقاسمين إعمال القسمة كسبب للتملك بالتقادم القصير لكون القسمة تكشف عن الحق العيني وليست سبباً صحيحاً ناقلاً للملكية، فما على المتقاسمين إذا أرادوا التمسك بالتقادم إلا الاستناد إلى سند المورث ذاته³.

2- عدم جواز استرداد المال المتنازع فيه والمتنازل عنه حال إجراء القسمة

إذا اقتسم الشركاء لعقار شائع متنازع في ملكية بينهم وبين شخص من الغير، فإنه لا يجوز للطرف الآخر في النزاع أن يسترد من أحد المقاسمين الجزء المفرز الذي وقع في نصيبه⁽⁴⁾، والعلة في ذلك أن القسمة لا تتضمن معنى التنازل من أي واحد من المتقاسمين إلى الآخر، فهي ليست ناقلة للحق المتنازع فيه، بل كاشفة للحق العيني، كما أن القسمة تمنع المضاربة وبالتالي يكون لسريان الأثر الكاشف للقسمة إلى تبني قاعدة أنه لا يصح استرداد المال المتنازع فيه عند قسمته، وهذا يفهم

¹ - حياة كحيل المرجع السابق، ص 80.

² - حياة كحيل المرجع نفسه، ص 80.

³ - راجع أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 223.

⁴ - أحمد خالد، المرجع نفسه، ص 224.

ضمنيا من المادة 400 ق.م. 1¹ بدليل أن هذه الأخيرة لكي تطبق أحكامها ومضمونها، فإنه يقتضي توافر شروط من بينها، أن يكون التنازل يتعلق بتصرف ناقل للملكية في حين القسمة ليست كذلك.

المطلب الثاني

الأثر الناقل والرجعي للقسمة

بالرغم من أخذ معظم التشريعات بالأثر الكاشف للقسمة، الذي مفاده اعتبار إن الجزء المفروز الآيل لكل واحد من الشركاء المتقاسمين صار لهم من وقت القسمة لا غير، فإن هذه القاعدة ليست مطلقة و غير حاسمة بالنسبة لبعض التشريعات، فهناك الأثر الناقل إلى جانب الأثر الكاشف، وبالتالي أعمال ازدواجية أثر القسمة بين ناقل و كاشف (فرع أول)، و منها من ذهبت الى القول بان للقسمة أثر رجعي فهي بذلك تنشأ نوع جديد من الملكية و بالتالي فهي محو لمرحلة الشيوع السابقة لها، و الغرض من إقراره عند هذه التشريعات يكمن في حماية الحقوق والمراكز التي تكشف عنها القسمة، صف الى ذلك ذهبت البعض منها إلى الأخذ به بصفة مزدوجة مع الأثر الكاشف (فرع ثان).

الفرع الأول

الأثر الناقل للقسمة

يقصد بالأثر الناقل للقسمة أن عملية القسمة عدلت حق ثابت موجود من قبل من خلال تغيير صاحب هذا الحق وبانتقاله من شخص لآخر، ففي المال الشائع بعد أن كان في مجمله ملكا لجميع الشركاء، فإن القسمة أفرزته إلى حصص وانتقل إلى كل واحد منهم نصيبه. فالأثر الناقل إذا هو نقل للمتصرف حق لم يكن موجودا من قبل.

(1) - تنص المادة 400 ق.م. ج أنه: « إذا تنازل شخص عن حق متنازع فيه فللمتنازل ضده أن يتخلص من هذا الشخص برد ثمن البيع الحقيقي له والمصاريف الواجبة، ويعتبر الحق متنازعا فيه إذا رفعت من أجله دعوى أو كان محل نزاع جوهري ».

إن فكرة الأثر الناقل ظهرت في أول الأمر عند الرومان وفقهاء الشريعة الإسلامية (أولاً) وتبنتها بعض التشريعات كالتشريع الأردني (ثانياً).

أولاً- الأثر الناقل عند الرومان

إن فكرة الأثر الناقل ظهرت في البداية عند فقهاء الرومان وفقهاء الشريعة الإسلامية فلقد تصور هؤلاء أنها الآلية التي يتم من خلالها تحويل الأنصبة الشائعة إلى أنصبة مفرزة، فهي عبارة عن عملية مبادلة ومقايضة بين الأنصبة الشائعة، بحيث يقدم كل شريك للآخر ما كان له من نصيب شائع في الأجزاء التي اختصوا بها في مقابل تلقيه ما كان لكل منهم من نصيب شائع وقع فيها اختصاص هو به.

فباعتبار أن عملية القسمة حسب هؤلاء تحمل في طياتها مفهوم المقايضة أو المبادلة، وأن هذه الأخيرة تتم وقت القسمة وذلك بمبادلة الأنصبة الشائعة بين الشركاء وقت إجراء هذه الأخيرة وبالتالي فهو نقل للملكية، ويضيفون في قولهم أن القسمة وإن كانت تحمل في طياتها معنى المقايضة فإنه تحمل كذلك معنى البيع خاصة إذا كانت القسمة بمعدل.¹

يقصد بالآثار الناقلة بوجه عام، كل تصرف يترتب على أثره انتقال الحق من شخص إلى شخص آخر دون أي تغيير في محل الحق أو السلطات التي يتكون منها مضمونه، وأن فكرة الأثر الناقل للقسمة عند فقهاء الرومان وفقهاء الشريعة الإسلامية تكون بتكييفهم لحق الشريك المشاع بأنه يعد مالكا في كل ذرة من ذرات المال الشائع بنسبة حصته²، حيث أن الرومان ينظرون إلى القسمة على أنها ناقلة للملكية وكان تكييفهم للقسمة على هذا النحو يرتبط بتكييفهم لحق الشريك المشاع أثناء قيام الشروع، إذا كان الشريك يملك في نظرهم، بقدر حصته الرمزية في كل ذرة من ذرات الشيء الشائع، وعلى ذلك فإن القسمة في نظرهم تقوم على مبادلة الشركاء. بمقتضاها يتنازل كل شريك

¹ - مازن زايد جميل عمران، المرجع السابق، ص 136.

² - مقروود سليمة، المرجع السابق، ص 28.

متقاسم للآخرين لما كان له من حصة في أنصبتهم المقسومة لهم، مقابل تلقيه ما كان لهم من حصص فيما وقع له بالقسمة من نصيب.¹

يترتب على هذا التكييف الاعتراف بالحقوق والتكاليف المقررة على الأشياء الشائعة من قبل أي من الشركاء بأن قيام الشيوخ، والإبقاء عليها أي كانت نتيجة القسمة، فينتقل كل متقاسم النصيب المفرز المعين له بالقسمة مثلاً بما سبق أن قرره عليه باقي الشركاء أو بعضهم من مثل هذه الحقوق والتكاليف.²

وبناء على الأثر الناقل فقد تصور الرومان أن الآلية التي يتم من خلالها تحويل الأنصبة الشائعة إلى أنصبة مفرزة، على أنها عبارة عن عملية مبادلة ومقايضة تجري بين الأنصبة الشائعة يقدم بمقتضاها كل شريك إلى غيره من الشركاء مالكا له من نصيب شائع في الأجزاء التي اختصوا بها في مقابل تلقيه ما كان لكل منهم من نصيب شائع.³

ثانياً - الأثر الناقل في التشريع المقارن (القانون الأردني)

لقد أقر التشريع الأردني بترتيب الأثر الناقل للقسمة، بحيث لا يتأتى إعمال الأثر الكاشف كأصل إلا بالموازاة مع الأثر الناقل، ويظهر ذلك من خلال ما جاء في المادة 1049 قانون مدني أردني، مفادها أنه عندما تجرى القسمة هناك خيار الغبن والاستحقاق وحتى إجازة قسمة الفضولي كما أن هناك في القيميات خيار الشرط، خيار الرؤية وخيار العيب، أما المثليات فيجرى فيها خيار العيب دون خيار الرؤية والشرط، فالمشرع الأردني بذلك أخضع إجراء القسمة للخيارات التي تخضع إليها عقود المعاوضة.⁴

¹ - محمد وحيد الدين سوار، حق الملكية في ذاته في القانون المدني، ، مكتبة دار الثقافة ، عمان، الأردن، 1998، ص 158.

² - محمد وحيد الدين سوار، المرجع نفسه، ص 158.

³ - مقرود سليمة، المرجع السابق، ص 28.

⁴ - راجع مازن زايد جميل عمران، المرجع السابق، 139.

إن ما يدل على أخذ المشرع الأردني بالأثر المزدوج للقسمة بين ناقل وكاشف هو ما نصت عليه المادة 1038 ق.م.أردني والتي جاء فيها: "القسمة افراز وتعيين الحصة الشائعة وقد تتم بالتراضي أو بحكم القاضي". وما نصت عليه كذلك المادة 1048 من نفس القانون: «لا يسوغ الرجوع عن القسمة بعد تمامها إلا أنه يجوز لجميع الشركاء فسخ القسمة وإقالتهم برضاهم وإعادة المقسوم مشتركا بينهم كما كان.»

لقد سائر القضاء الأردني هذا النهج حيث استقر على اعتبار القسمة معلنة للحقوق لا منشئة لها حيث جاء في قرار محكمة التمييز الأردنية على أن: "دعوى القسمة لا يقصد بها الفصل في النزاع على ملكية العقار المطلوب تقسيمه أو على حق من حقوق الارتفاق وإنما هي تهدف إلى تحديد الجزء المادي الذي تختص به كل واحد من الشركاء على اعتبار أن القسمة مبنية للحقوق لا منشأة لها"

ويفهم من هذا أن المتقاسمين لا يصبحون مالكيين لنصيبهم المفرز بموجب حكم القسمة المحدد للجزء المادي الذي ينفرد به كل واحد بل هم مالكيين قبل القسمة¹.

يرى الفقيه السنهوري في هذا الصدد أن: "القسمة بطبيعتها أثر مزدوجا كاشفا وناقلا ولو اقتصرنا على صورة مبسطة لمال شائع و قلنا أن أرض يملكها اثنان من الشيوع لكل منهما النصف فهذه الأرض قبل القسمة كانت ملكا للشريكين فتزاحموا عليها ملكية كل منهما... فإذا نحن قسمنا الأرض بينهما وأفرزت نصيب مملوكا لأحد منهما فيها ، فإن هذا النصيب يصبح مملوكا لأحد الشريكين وحده دون الشريك الآخر، فهل يكون للافراز عن طريق القسمة أثر كاشف و أثر ناقل؟"

يضيف الفقيه السنهوري و يقول: "أن الشريك عندما أفرز نصيبه في الأرض صار هذا النصيب المفرز ملكه وحده، و كان هذا النصيب قبل القسمة وفي أثناء الشيوع ملكا للشريكين لكل منهما النصف، فالإفراز إذن يثبت للشريك في هذا النصيب المفرز ملكيته الشائعة قبل القسمة في

¹ - مازن زايد جميل عمران، المرجع السابق، ص.ص 140-141.

النصف و نقل إليه ملكية شريكه الثابتة قبل القسمة من النصف الآخر فخلصت له بذلك الملكية الكاملة حتى جميع النصيب المفرز و من ثم يكون للقسمة اثر كاشف في نصف النصيب و أثر ناقل في النصف الآخر، و يكون للقسمة إذن بطبيعتها اثر مزدوج كاشف و ناقل¹.

الفرع الثاني

الأثر الرجعي للقسمة

يراد بالأثر الرجعي للقسمة أن كل متقاسم يعتبر كأنه مالكا ملكية مفرزة منذ بدء الشيوع للجزء الذي آل إليه بمقتضى القسمة، وبالتالي يترتب على أعمال هذا الأثر أن التقاسم يؤول إليه نصيبه المفرز خاليا من تصرفات شركائه الصادرة حال قيام الشيوع.

لقد ثار خلاف في الفقه و القانون الوضعي حول مدى تقرير الأثر الرجعي للقسمة، غير أن هناك من التشريعات التي تبنت العمل به وكل ذلك حماية للمتقاسم من الحقوق والتأمينات العينية التي يمكن أن يكون قد أقدم عليها أحد الشركاء في الشيوع قبل إجراء القسمة (أولا) في حين وبالرجوع إلى أحكام القانون المدني الجزائري نجد أن المشرع الجزائري ينفي الأثر الرجعي للقسمة، غير أنه يتبين من ظاهر المادة 730 ق.م.ج أخذه به (ثانيا).

أولا- إقرار الأثر الرجعي في التشريع المقارن

حماية للحقوق والمراكز القانونية التي تكشف عنها القسمة أين يكون إقرار الأثر الرجعي لها منطلق لتكريس هذه الحماية، فقد عمدت بعض التشريعات إلى العمل به كالتشريع الفرنسي، بعد أن تحول من العمل بالأثر الناقل إلى الأثر الرجعي بالموازاة مع الأثر الكاشف (1) وكذا ما سار عليه التشريع المصري الذي حذا حذو المشرع الفرنسي في هذا الشأن ومتأثرا به (2).

¹ - نقلا عن: مازن زايد عمران جميل المرجع السابق، ص 142. راجع أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 203.

1- الأثر الرجعي للقسمة في التشريع الفرنسي

لقد تبني المشرع الفرنسي فكرة الأثر الرجعي للقسمة، بحيث يعتبر بمقتضاها المتقاسم مالكا للحصة التي آلت له بموجب القسمة منذ أن تملك ذلك المال على الشيوع، ولعل السبب في تبني المشرع الفرنسي لهذا الأثر إلى جانب الأثر الكاشف، يكون بغية لاستقرار المراكز القانونية والحقوق التي تكشف عنها القسمة¹

فالإفراز تبعا لذلك، يتحقق من وقت سابق على وقوع القسمة أي من وقت بدء الشيوع، فان كان الشيوع مثلا قد بدء في عام 2000 بوفاة شخص، وأيلولة أمواله إلى ورثته، وحدث أن قام هؤلاء بقسمة مخلفات الهالك عام 2005، فإعمالا بالأثر الرجعي فان كل وارث أو متقاسم أصبح مالكا للجزء الذي أفرز له من تاريخ وفاة المورث، أي من بداية الشيوع، بمعنى من سنة 2000، حسب هذا المثال وليس من يوم وقوع القسمة. ويستوي الأمر إن كان مصدر الشيوع، يعود إلى الشراء فإذا حدثت القسمة فالأنصبة التي تؤول إلى كل واحد منهم مفرزة تعود إلى وقت الشراء وليس وقت القسمة²

يقول الفقيه الفرنسي بوتييه في هذا الصدد و الذي نادى بفكرة الأثر الرجعي للقسمة، و من خلال كتاباته أنه: « يجب النظر إلى القسمة على أنها محددة لسند الميراث لا على أساس أنها سند تملك ، فالأثر الجوهري للقسمة في تحديد حصة كل وارث و قصرها على الأموال التي وقعت في نصيبه بحيث يعتبر كل وارث قد تلقى من المورث مباشرة الأموال التي وقعت في نصيب الورثة الآخرين ».³

¹ - مازن زايد جميل عمران، المرجع السابق، ص 130.

² - مازن زايد جميل عمران، المرجع نفسه، ص 129.

³ - نقلا عن: أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 200.

رغم أن المشرع المصري ساير المشرع الفرنسي والفقهاء التقليدي في الاعتراف للقسمة بأثر رجعي بنصه على المادة 843 من القانون المدني المصري على أنه: «يعتبر المتقاسم مالكا لحصته التي آلت إليه منذ أن تملك في الشيوع، وأنه لم يملك غيرها شيئا من بقية الحصص»، إلا أنه أورد من ناحية أخرى نصوصا متعددة طرح فيها الأثر الرجعي.¹

2-الأثر الرجعي للقسمة في التشريع المصري

نص المشرع المصري في المادة 826 فقرة 2 من تقنين المدني، التي يقضي بأنه إذا كان تصرف الشريك منصبا على جزء مفرز لم يقع عند القسمة في نصيبه، انتقل حق المتصرف إليه إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بالقسمة، فالمشرع يظهر بذلك صراحة أعراضه عن أعمال الأثر الرجعي للقسمة، إذ يبقى على صحة التصرف باعتباره صادرا رغم وقوع المحل الوارد عليه التصرف بالقسمة في نصيب شريك آخر غير متصرفا.²

لقد أكد المشرع المصري، وحرص على عدم الاعتداد بالأثر الرجعي للقسمة، كذلك في شأن رهن الشريك المشاع جزءا مفرزا من العقار الشائع، إذ قضى ببقاء هذا الرهن صحيحا وبنفس مرتبته رغم وقوع المرهون بالقسمة في غير نصيب الشريك الراهن، ولكنه غير محله الواقع في نصيب الراهن للقسمة يعادل قيمة المرهون (المادة 1039 فقرة 2 المدني).³

يخلص من مقارنة هذه النصوص المذكورة للأثر الرجعي للقسمة، بنص المادة 843 المعبر في الظاهر عن الأخذ به، أن موقف المشرع المصري -وإن كان موقف غير واضح- إلا أنه لا يخرج عن أحد الأمرين التاليين:

¹ - حسن كيرة، الحقوق العينية الأصلية، أحكامها، ومصادرها، ط3، الإسكندرية، سنة 1994، ص 223.

² - حسن كيرة، المرجع نفسه، ص ص 224، 225.

³ - حسن كيرة، المرجع نفسه، ص 225.

أ- إما أن المشرع المصري أراد مسايرة الفقه التقليدي فيما كان يأخذه به من ترادف بين الوصف الكاشف والأثر الرجعي للقسمة، وحينئذ يكون قد عمل إلى افتراض مخالف للواقع يجب معه تفسير نص المادة 843 المقرر للرجعية تفسيراً ضيقاً يقصر الرجعية على حدود الغرض من تقريرها، وهو مجرد حماية كل متقاسم فيها أفرز له بالقسمة من نصيب من تصرفات شركائه.¹

ب- وإما أن إرادة المشرع المصري الحقيقية، رغم نص المادة 843 منصرفاً، كما يتضح من النصوص الأخرى إلى إنكار الأثر الرجعي للقسمة، وما كان تعبيره بالرجعية في المادة 843 إلا من قبيل إساءة التعبير كما يريده من خلوص النصيب المفروز المقسوم لكل شريك متقاسم خلوصاً كاملاً لا يتأثر بتصرفات شركائه السابقة.²

ثانياً - عدم وضوح موقف المشرع الجزائري بشأن رجعية القسمة

تنص المادة 730 من القانون المدني الجزائري على أنه: « يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التي آلت إليه أن منذ أصبح مالكا في الشيوع وأنه لم يكن مالكا على الإطلاق لباقي الحصص الأخرى ».

يلاحظ من هذا النص أن المشرع الجزائري اقتصر على تكريس الأثر الرجعي للقسمة، وأغفل أثرها الكاشف لكنه أورد من ناحية أخرى نصوصاً متعددة أبعد فيها هذا الأثر الرجعي.³

هذا ما نصت عليه المادة 2/714 من ق.م.ج بقولها: « إذا كان المتصرف منصبا على جزء مفروز من المال الشائع، ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف إليه من وفق التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة، وللمتصرف إليه الحق في إبطال التصرف إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفروزة ».

¹ - أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 223.

² - أحمد خالدي، المرجع نفسه، ص 224.

³ - أحمد خالدي، المرجع نفسه ، ص 225.

فالمشرع يظهر بذلك صراحة رفضه من إعمال الأثر الرجعي للقسمة، إذ يبقى على صحة التصرف باعتباره نصيب شريك آخر غير المتصرف ويزيد في تأكيد ذلك بمنع المتصرف إليه من طلب الإبطال على أساس صدور التصرف من غير المالك، وذلك رغم نتيجة القسمة التي لم توقع الجزء المتصرف فيه نصيب المتصرف.¹

وكذلك ينفي المشرع الجزائري الأثر الرجعي للقسمة صراحة، في نص المادة 890 فقرة 2 من ق.م.ج بنصها على أنه: «إذا رهن أحد الشركاء حصته الشائعة في العقار جزءا مفرزا من هذا العقار، ثم وقع في نصيبه عند القسمة أعيان غير التي رهنها انتقل الرهن بمرتبه إلى الأعيان المخصصة له بقدر ما يعادل قيمة العقار الذي كان مرهونا في الأصل».

يتضح من هذا النص أن المشرع الجزائري، أكد على أن هذا الرهن يبقى صحيحا، وبنفس مرتبته، رغم وقوع النصيب المرهون بالقسمة في غير النصيب الشريك الراهن، ولكنه غير محله تبعا للتغيير محل ملكية الشريك الراهن، فأوقعه على قدر من الأعيان الواقعة في نصيب الراهن في القسمة يعادل قيمة المال المرهون.²

يزيد في تأكيد نفي المشروع الجزائري للأثر الرجعي للقسمة، ما نص عليه في شأن الضمان والغبن، من أن تكون العبرة في التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة طبقا لأحكام المادتين 1/731 و1/732 من ق.م.ج.³

كذلك ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 2/879 من القانون المدني بقولها: «إن ملك العقار المرتفق شركاء على الشيوع فانتهأ أحدهم بالارتفاق يقطع التقادم لمصلحة الباقيين، كما أن وفق التقادم لمصلحة أحد هؤلاء الشركاء يجعله موقفا لمصلحة الباقيين».

¹ - أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 225.

² - أحمد خالدي، المرجع نفسه، ص 226.

³ - أنظر: المواد 1/731 و1/732 من ق.م.ج.

وعليه فإن انتفاع أحد الشركاء المشاعين بالارتفاق يقطع التقادم المسقط لمصلحة الباقيين، وإن وافق التقادم لمصلحة أحدهم يجعلها موقوف لمصلحة سائرهم.¹

يخلص من مقارنة هذه النصوص السالفة الذكر للأثر الرجعي للقسمة بنص المادة 730 من ق.م.ج أن موقف المشرع الجزائري مثل موقف المشرع المصري، وإن كان موقف غير واضح، إلا أنه لا يخرج من أحد الأمرين التاليين:

• **الأمر الأول:** إما أن المشرع الجزائري، أراد مسايرة الفقه التقليدي في مصر وفرنسا في مكان لا يأخذ به أمن ترادف بين الوصف الكاشف والأثر الرجعي للقسمة، وحينئذ يكون قد عهد إلى افتراض مخالف لواقع يجب معه تفسير المادة 730 من ق.م.ج المقرر لرجعية، تفسيراً ضيق يقصر الرجعية، وعلى حدود الغرض من تقريرها، وهو مجرد حماية كل متقاسم فيما أفرز له بالقسمة من نصيب تصرفات شركائه السابقة على هذا النصيب، بحيث يجب عدم الاعتراف للقسمة بأي أثر رجعي فيما وراء هذا الغرض.² ومن الأمثلة للحالات التي يتعين فيها استبعاد تطبيق الأثر الرجعي، أن الأمر لا يتعلق بحماية الشريك من تصرف أبرمه شريك آخر ما يلي:

تكون الثمار التي ينتجها المال الشائع أثناء الشيوع من حق الشركاء كل بنسبة حصته، فإذا اختص الشريك عند القسمة بمال مفرز، فليس له أن يتمسك بالأثر الرجعي بالمطالبة بثمار من المال المفرز منذ بدء الشيوع، وإنما هو يستأثر بثمار هذا المال من وقت القسمة فحسب.

- إصدار قانون جديد أثناء الشيوع يقرر قواعد جديدة للقسمة، وجب تطبيق هذا القانون الجديد على القسمة التي تتم بعد صدوره، فلا يجوز التمسك بالأثر الرجعي للقول أن الشريك يعتبر مالكا لنصيبه المفرز منذ بدأ الشيوع، فلا ينطبق القانون الجديد على هذه القسمة.³

¹ - أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 226.

² - أحمد خالدي، المرجع نفسه، ص 227.

³ - أحمد خالدي، المرجع نفسه، ص 228.

• **الأمر الثاني:** وإما أن إرادة المشرع الجزائري الحقيقية منصرفة، كما يتضح من النصوص الأخرى إلى إنكار الأثر الرجعي للقسمة، وما كان تعبيره بالرجعية في المادة 730 من ق.م.ج السالفة الذكر، إلا من قبيل إساءة التعبير كما يريده من خلوص النصيب المفرز المقسوم لكل شريك متقاسم خلوصا كاملا، لا يتأثر بتصرفاته شركائه السابقة دون أي قصد حقيقي إلى إنكار الواقع من قيام فترة الشيوع، أو افتراض هذا النصيب كان دائما، ومنذ بدء الشيوع مملوكا ملكية خالصة، استثنائه لهذا المتقاسم وحده.¹

يفضل الأخذ بالتفسير الثاني لموقف المشرع الجزائري، لأنه التفسير الذي يخلو مما يقوم عليه التفسير الأول من افتراض واصطناع، ولأنه هو المتفق مع طبيعة القسمة ووظيفتها، وطبيعة حق الشريك المشاع، ولأنه أخيرا هو المتفق مع كثير من النصوص القانونية الأخرى التي يبعد فيها المشرع الجزائري بجلاء، ووضوح فترة رجعية القسمة.²

وعلى هذا الأساس لا يكون للقسمة أثر رجعي، بل يعتبر أن النصيب المفرز المقسوم لكل شريك متقاسم قد خلص له ملكيته كاملة من تاريخ القسمة، مما يقتضي عدم الاعتداد في مواجهته بتصرفات بقية الشركاء المشاعين في هذا النصيب خلال فترة أسبوع.³

¹ - أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 228.

² - أحمد خالدي، المرجع نفسه، ص ص 228، 229.

³ - حسن كيرة، المرجع السابق، ص 226 .

المبحث الثاني

أهم المنازعات الناشئة عن القسمة النهائية

إن القسمة وباعتبارها أحد أهم الإجراءات المؤدية إلى إزالة الشبوع، وخلال القيام بها بناء على اتفاق في ظل القسمة الاتفاقية، أو عن طريق القضاء في إطار القسمة القضائية، يترتب عنها نشوء عدة منازعات بين الشركاء، سواء بخصوص كيفية إجراء القسمة، وبالتالي المنازعة حول الحصص خلال عملية الفرز أو الطعن فيها بعد صيرورة القسمة نهائيا.

تتعدد المنازعات والدعاوي التي يمكن أن تنثور بصدد القسمة النهائية، لعل أهمها دعوى الغبن حول القسمة الاتفاقية (مطلب أول) ودعوى ضمان التعرض والاستحقاق في القسمة القضائية والاتفاقية على حد سواء (مطلب ثان).

المطلب الأول

دعوى الغبن أهم منازعات القسمة الرضائية

لقد سبق وأن تطرقنا إلى تحديد الطبيعة القانونية للقسمة الرضائية من أنها عقد تسري عليه أحكام سائر العقود، وبالتالي فإن أوجه الطعن فيها هي نفس أوجه الطعن الواردة في القواعد العامة بالنسبة للعلاقات التعاقدية، فقد يطعن فيها بالبطلان المطلق إذا ما اتفق مثلا الورثة على قسمة التركة قبل وفاة مورثهم¹، أو أن تكون القسمة قابلة للإبطال لنقص في الأهلية أو غياب أحد الشركاء أو لوجود عيب في الإرادة لغلط، أو تدليس، أو إكراه، أو لغبن²، ولقد أقر المشرع الجزائري لهذا

¹ - راجع: المادة 92 وما يليها من ق.م.ج.

² - وما يمكن قوله والإشارة إليه في هذا الصدد أنه وإن كان المشرع الجزائري، لم ينص على الغبن المجرد من الاستغلال كعيب من عيوب الإرادة في القسم المتعلق بشروط العقد في التقنين المدني، إلا أنه اعتبره كذلك في حالات معينة منها حالة البيع من خلال المادة 358 ق.م.ج.، وحالة القسمة الاتفاقية، وهذا بموجب المادة 732 ق.م.ج.

الأخير أحكاما خاصة، وهذا تمييزا له عن الغبن المنصوص والمعمول به في القواعد العامة (فرع أول) إلى جانب شروط وإجراءات خاصة يتعين توافرها وإتباعها عند مباشرة دعوى نقض القسمة بسبب الغبن (فرع ثان).

الفرع الأول

مفهوم الغبن في القسمة الرضائية

إن نقض القسمة للغبن مقصور فقط على القسمة الاتفاقية، نظرا لإمكانية وقوع تدليس أو غلط، فإذا بلغ حدا معيناً مثلما هو محدد قانونا، كان العقد قابلا للإبطال، وبهذا يكون المشرع قد راعى وظيفة القسمة التي تقتضي أن يسود مبدأ العدالة والمساواة في وقوعها عن طريق حصول كل متقاسم على نصيبه الذي يعادل حصته في المال الشائع.

وعليه سوف نتطرق هنا إلى تحديد معنى الغبن في القسمة الرضائية (أولا) وبيان مقداره وفقا لمعيار محدد قانونا (ثانيا).

أولا- تعريف الغبن

تنص المادة 1/732 ق.م.ج: « يكون نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه لحقه منها غبن يزيد عن الخمس على أن تكون العبرة في التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة ».

إن الغبن هو عدم التعادل بين ما يأخذه المتقاعد وما يعطيه، بمفهوم آخر هو الخسارة التي تلحق أحد المتعاقدين.¹

¹ - محمد صبري السعدي، الوافر في شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ج 01، ط 04، دار الهدى، الجزائر، 2009. ص 182.

فنقض القسمة للغبن، يعني إبطالها للغلط في قيمة الشيء، وبالتالي يكون الغبن المنصوص عليه في المادة 732 أعلاه، عيب من عيوب الإرادة سواء كان المال المقسوم عقارا أو منقولا، وهذا خلافا للغبن في عقد البيع، والذي لا ينصب إلا على العقارات، والذي نصت عليه وتضمنته المادة 358 ق.م.ج بقولها: « إذا بيع عقار بغبن يزيد عن الخمس فللبائع الحق في طلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل... ».

ومادام أن الغبن يتحقق بوجود وثبوت غلط في قيمة الشيء، فإن الخطأ في الحساب لا يترتب عليه القابلية للإبطال للغلط، ولا نقض القسمة للغبن وإنما يجب تصحيحه ولو كانت الخسارة المترتبة عليه تساوي الخمس، أو تقل عن ذلك¹، وهذا طبقا لما جاء في المادة 84 ق.م.ج الآتي نصها: « لا يؤثر في صحة العقد مجرد الغلط في الحساب ولا غلطات القلم، ولكن يجب تصحيح الغلط. »

كما قد يقع الغبن، بأن يكون هناك غلط أو تدليس أو إكراه، ويتحقق ذلك في حالة ما إذا استحق جزء من المال الذي وقع في نصيب أحد الشركاء، فيصبح الجزء الباقي أقل من أربعة أخماس ما يستحقه هذا الشريك، فهنا يستطيع الشريك المغبون أن يرجع على باقي الشركاء بالغبن، وكما يجوز للوارث الذي وقع نصيبه دين للتركة وترتب عن إعسار المدين أن لحق بالوارث غبن بالمقدار المحدد قانونا.

فيحق له هنا رفع دعوى الغبن ضد باقي الورثة²، ولما كان عقد القسمة قابلا للإبطال، فإن الشريك الذي تقرر لمصلحته هذا الإبطال حق إجازة هذا العقد صراحة أو ضمنا، وهذا في حالة ما إذا نفذ الشريك المغبون عقد القسمة تنفيذا اختياريا بعد علمه بالغبن الذي لحق به.

¹ - مازن زايد جميل عمران، المرجع السابق، ص 92.

² - تيقرين تيزيري، حماني حكيمة، المرجع السابق، ص 25.

لكن إذا نفذ القسمة، ولم يكن على علم بالغبن الذي لحقه، فلا يعتبر تنفيذه إجازة ضمنية¹، مما تجدر الإشارة إليه، فإن الطعن ونقض القسمة الاتفاقية بالغبن متى توافرت شروطه يكون سواء في القسمة الكلية أو الجزئية، وحتى في قسمة التصفية إذا ما اقتضت المزايدة على الشركاء فقط يكون البيع هنا يعتبر قسمة.

ثانياً - مقدار الغبن وكيفية حسابه

لمعرفة وقوع الغبن وكيفية حسابه، يجب على المتقاسم المغبون أن يتمسك بحقه في نقض القسمة الاتفاقية للغبن، ويشترط في الغبن أن يزيد عن الخمس حسب ما نصت عليه المادة 1/732 ق.م.ج، ويتم تقدير الغبن بقيمة الشيء وقت القسمة، ويتم تقييم نصيب كل واحد من الشركاء في هذا المال بواسطة خبير، حيث تعتمد المحكمة بعد ذلك،² المقارنة بين التقرير المعد من الخبير و ما هو وارد في عقد القسمة، على أن القاضي يصدر حكمه بناء على ما أسفرت عنه الخبرة المأمور بها لا غير، وإذا توصل إلى وجود فرق يزيد عن الخمس، قررت بإبطال عقد القسمة الغبن، وكمثال عن ذلك: فإذا افترضنا أن القيمة الحقيقية للمال الشائع وقت القسمة هي خمسون ألف (50.000) دج، وكان هناك خمس شركاء يملكون حصصهم بالتساوي، كانت القيمة الحقيقية للنصيب المفرز لكل شريك هي عشرة آلاف (10.000) دج، وحتى يعتبر الشريك مغبوناً يجب أن تنزل قيمة نصيبه المفرز بعد القسمة عن أربعة أخماس القيمة الحقيقية لنصيبه المفرز، أي أقل من ثمانية آلاف (8.000) دج، أما إذا كانت مساوية أو أكثر فلا يجوز له نقض القسمة الاتفاقية للغبن.

¹ - مثال ذلك أن يدفع المتقاسم بعد علمه بالغبن المعدل الذي التزم بدفعه أو لقبضه إذا كان هو الدائن به، أو أنه تسلم المال المفرز الذي وقع في نصيبه راضياً، ولو لم تنقض السنة التي يجب أن يرفع من خلالها دعوى نقض القسمة، أو التصرف في المال المقسوم بالبيع أو الهبة أو الرهن أو غيرها من التصرفات التي تدل على رضائه بما آل إليه. راجع، تيقرين تيزيري، حماني حكيمة، المرجع السابق، ص 26.

² - عادل بوحديش، المرجع السابق، ص 14.

لقد قضت المحكمة العليا (المجلس الأعلى سابقا)، بموجب القرار رقم 19926 المؤرخ في 14/04/1982¹ كما يلي: «...حيث أن التقرير الذي صادق عليه قضاة الموضوع اكتفى بتقسيم أموال التركة الإجمالية و قارنها بقيمة نفس الأموال التي جاءت في تقرير القسمة، فكان ينبغي على الخبير أن يقوم :

أولا: تقييم أموال التركة وقت القسمة، ونصيب الشريك المغبون

ثانيا: تقييم قيمة نصيب الشريك المغبون حسب القيمة ثم تجرى مقارنة بين القيمتين لمعرفة ما إذا كان الشريك المدعي قد لحقه غبن...»

الفرع الثاني

إجراءات وآثار دعوى الغبن

يقتضي لرفع دعوى الغبن توافر جملة من الشروط، وإتباع الإجراءات المعمول بها قانونا والمنصوص عليها في ق.ا.م.ا فيما يتعلق بمباشرة الدعوى، على أن تتوفر كذلك شروطا موضوعية منصوص عليها في القانون المدني لقبول الدعوى من الناحية الشكلية والموضوعية (أولا) ولكي ترتب آثارها القانونية إما تقرير بطلان عقد القسمة الرضائية لثبوت الغبن في حق المتقاسم، أي المدعي في دعوى الغبن، وكما خول القانون الباقي المتقاسمين وتقاديا لنقض القسمة بإكمال ما نقص من نصيب الشريك المغبون (ثانيا).

أولا- إجراءات دعوى الغبن

يتعين عند مباشرة دعوى الغبن توافر شروطها المقررة قانونا مثلما سبق بيانه أعلاه مع إتباع جملة من الإجراءات نجمها فيما يلي:

¹ - نشرة القضاة، عدد خاص، الجزائر، 1982، ص 111

1-توافر الصفة في أطراف دعوى الغبن، فيكون مدعيا في دعوى نقض القسمة للغبن، الشريك الذي لحقه الغبن فقط، لكن هذا الحق في رفع الدعوى ينتقل إلى ورثة الشريك المغبون، فيجوز لهم أن يرفعوا الدعوى أو أن يواصلوا السير فيها.

كما يجوز لدائني الشريك المغبون، أن يرفعوا في هذه الدعوى باسم مدينهم حسب المادة 186 ق.م.ج الآتي نصها: « لكل دائن ولو لم يحل أجل دينه إن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين إلا ما كان منها خاصا بشخص أو غير قابل للحجز ولا يكون استعمال الدائن لحقوق مدينه مقبولا إلا إذا أثبت أن المدين أمسك عن استعمال هذه الحقوق وأن هذا الإمساك من شأنه أن يسبب عسره أو أن يزيد فيه.

ولا يجب على الدائن أن يكلف مدينه بمطالبة حقه غير أنه لا بد أن يدخله في الخصام».¹

أما المدعى عليهم في دعوى الغبن هم جميع الشركاء، لكون الدعوى تهدف إلى إبطال القسمة الاتفاقية التي تمت بتراضي جميع الشركاء.

ثانيا - ميعاد رفع دعوى الغبن:

تنص الفقرة الثانية من المادة 732 ق.م.ج أنه: «... يجب أن ترفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة، وللمدعى عليه أن يوقف سيرها ويمنع القسمة من جديد إذا أكمل للمدعي نقدا أو عينا ما نقص من حصته».

¹ - للإشارة تضمنت المواد 190 وما يليها من القانون المدني حالة حلول الدائن محل مدينه لرفع الدعوى والمطالبة بحقوق هذا الأخير، وهذا لاستيفاء حقه، ونفس الشيء إذ ينطبق على دائن المتقاسم المغبون يحق لرفع دعوى المغبون في الخصام وفق للإجراءات التي تضمنتها قانون الإجراءات التي تضمنها قانون الإجراءات المدنية فيما يتعلق بالإدخال في الخصومة.

إذا يجب على المدعي المغبون أن يرفع دعواه لنقض القسمة الواقعة بالتراضي في مدة سنة من يوم إجراء القسمة، وإلا كانت دعواه غير مقبولة، وذلك لسقوط الحق في رفعها، ومما ينبغي الإشارة إليه هنا، فإن ميعاد سنة المحدد قانون هو للسقوط وليس للتقادم.¹

يتم رفع الدعوى الغبن أمام القسم العقاري لدى المحكمة التابع لدائرة اختصاصها موقع العقار الذي تم قسمته، أو أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المتوفى، إذا ما تعلق الأمر بقسمة تركة، وهذا طبقاً لما جاء في المادتين 40 و 511 ق.إ.م.إ.

مما يجب الإشارة إليه بصدد ميعاد رفع الدعوى أن المشرع جعله يسري خلال السنة التالية للقسمة، دون تحديد تاريخ بداية اكتساب هذه المدة بالتحديد، ولكن حسب ما سبق التطرق إليه في الفصل الأول من هذه المذكرة، فإن ترتيب القسمة لآثارها وصيرورتها نهائياً يكون بشهر عقد القسمة لدى المحافظة العقارية²، وبالتالي يبدأ سريان هذه المدة من يوم شهر العقد لدى مصلحة الشهر العقاري، ويكون حساب الميعاد حسب ما هو معمول قانوناً بالساعات والأيام.

يقع عبء إثبات الغبن الذي تزيد على الخمس على عاتق المدعي، أي المتقاسم المغبون وذلك بجميع طرق الإثبات، كالبيينة والقرائن ما دام أن محل الإثبات هنا يتعلق بواقعة مادية.³

تفصل المحكمة في دعوى الغبن اعتماداً على خبرة فنية⁴، حيث يعتمد الخبير إلى تقدير قيمة المال المفروز الذي آل إلى الشريك الذي يدعي وقوعه ضحية غبن، ويقوم بإجراء مقارنة مع قيمة

¹ - أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 254.

² - راجع : المادة 15 من أمر رقم 75-74، مرجع سابق.

³ - أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 255.

⁴ - أما في الشريعة الإسلامية، فإن الغبن الفاحش يثبت بأوجه ثلاثة ألا وهي، القرينة، الإقرار والنكول عن اليمين، فإذا ثبت الغبن الفاحش بالبيينة تفسخ القسمة، وتقسّم ثمانية قسمة عادلة، أما إذا ثبت الغبن بالإقرار، فهنا ينظر إلى إقرار جميع الشركاء المتقاسمين، وعليه تفسخ القسمة ويتم إعادة القسمة بصفة عادلة، وإذا حدث تفسخ القسمة ويتم إعادة القسمة بصفة عادلة، وإذا حدث وأن أقر البعض ونكر البعض ويحلف اليمين فمثلاً إن كان هناك خمسة أشخاص وادعى أحدهم الغبن الفاحش، وأقر اثنان من المدعى=

المال المعتمد وقت القسمة، ومن هنا يستخلص القاضي ما إذا كان الشريك قد لحقه غبن يزيد على الخمس أم لا، ومن ثم ترتيب الدعوى لآثارها إذا ما ثبت وجود غبن.

الفرع الثاني

آثار دعوى الغبن

يترتب على رفع دعوى الغبن عدة آثار، منها ما يكون خلال السير في إجراءات الدعوى وتتمثل في مبادرة المدعى عليهم باقتراح دفع ما نقص من قيمته الجزء المفرز الذي آل إلى الشريك المغبون (أولاً) وفي حالة عدم تقديم أي عرض بفصل المحكمة في الدعوى ويتم نقض القسمة إذا ما ثبت الغبن (ثانياً).

أولاً- تفادي نقض القسمة للغبن

يحق للمدعى عليه أو المدعى عليهم حسب الحالة، وإعمالاً بما جاء في المادة 732 ق.م.ج في فقرتها الثانية، بأن يوقف سير هذه الدعوى، ويمنع القسمة من جديد إذا أكمل للمدعي ما نقص من حصته، وما يلاحظ بصدد حالة توقي نقض القسمة للغبن، هو تشابهها مع حالة تفادي نقض القسمة للغبن عن طريق الاستغلال المعمول به في القواعد العامة وسائر العقود، إذ جاء في المادة 90 ق.م.ج على أنه: « إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيراً في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيناً أو هوى جامعاً، جاز للقاضي بناءً على طلب المتعاقد المغبون، أن يبطل العقد أو ينقص من التزامات هذا المتعاقد.

=عليهم وأنكر اثنان منهم وحلف اليمين، فتجمع حصة المدعي مع حصص المقرين، وتفسخ مجموع الحصص الثالثة ثانية، فتقسم قسمة عادلة إلى ثلاثة أقسام.

أما إذا ثبت الغبن بالنكول، فإن نكول الشركاء جميعاً يؤدي إلى فسخ القسمة. راجع بالتفصيل عن كيفية تقرير وإثبات الغبن في التركة، أحمد خالدي، المرجع السابق، ص ص 238-240.

و يجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد، وإلا كانت غير مقبولة يجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن».

يجب على المدعى عليه في دعوى الغبن، ولتوقى نقض القسمة طبقا للمادة 2/732 ق.م.ج إكمال الشريك المغبون ما نقص من حصته بالكامل، إما نقدا أو عنيا والسبب في ذلك أن البيع يعتبر من عقود المضاربة، يحتمل فيها الغبن ويتسامح فيه إلى حد معين، على خلاف القسمة التي تقوم على أساس المساواة¹ بين المتقاسمين، وعند اختلال هذه المساواة اختل عقد القسمة، يتم حساب ما نقص من حصة الشريك المغبون حسب قيمة المال وقت القسمة لا وقت الدفع، ويضاف إليها فوائد الجرد الناقص عند إجراء القسمة وإكمال نصيب الشريك المغبون.

هنا يمكن أن يتم عينا أو نقدا، فالخيار يكون للمدعى عليه في دعوى نقض القسمة للغبن، وأما في حالة تعدد المدعى عليهم وجب الاتفاق على إكمال حصة المغبون عينا أو نقدا على مقدار ما يكمل النقص.²

وفي هذا الطرح يجوز للمدعى عليه عرض إكمال حصة المدعي في أية حالة كانت عليها الدعوى، حتى أمام الاستئناف لأول مرة، بل يجوز له عرض إكمال حصة المغبون حتى بعد صدور حكم نهائي ينقض القسمة للغبن، وذلك وقت إجراء قسمة جديدة، فيضع المدعى عليه حدا لإتمام إجراء هذه القسمة الجديدة بعرضه إكمال حصة المدعي، مضافا إلى ذلك المصروفات التي تكبدها هذا الأخير، وهذا ما يستشف من عبارة نص المادة 2/732 ق.م. بقولها « للمدعى عليه أن يوقف سيرها ويمنع القسمة من جديد...».

¹ - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 909. راجع أيضا: عادل بوحديش، المرجع السابق، ص 18.

² - عبد الرزاق احمد السنهوري، المرجع نفسه، ص 909، راجع أيضا: جدو فاطمة الزهراء، مغيث الطبيب، قيط أحمد، أحكام قسمة الملكية الشائعة في النظام القانوني الجزائري، مذكرة نهاية الدراسة للحصول على شهادة الليسانس، تخصص قانون عقاري، جامعة يحي فارس، كلية الحقوق، المدينة، 2013، ص 67.

فمنع القسمة من جديد هو الغرض الذي يهدف إليه المدعى عليه من عرضه إكمال حصة المدعي، فيجوز له تقديم هذا العرض إلى ما قبل إتمام القسمة.¹

ثانيا - نقض وإبطال القسمة لثبوت الغبن

إذا نقضت القسمة الاتفاقية للغبن بطلت واعتبرت كأن لم تكن وعادت حالة الشيوخ التي كانت قد زالت بالقسمة قبل إبطالها، واعتبر المال المملوك للشركاء شائعا بينهم منذ بدء الشيوخ وكأنه لم يقسم، وهذا ما يعرف بالأثر الرجعي لنقض القسمة، فيمتد سريان بطلان عقد القسمة إلى الماضي فتسقط تصرفات الشركاء في الأموال المفزة التي وقعت في نصيبهم عند إجراء القسمة، وبالتالي تصبح هذه الأموال خالية من الحقوق التي ترتبت للغير طبقا للقواعد المقررة في شأن أثر إبطال العقد في التصرفات الصادرة للغير، في حين تبقى أعمال إدارة هذه الأموال محتفظة بأثرها حتى بعد نقض القسمة.²

يجوز بعد نقض القسمة للغبن للشريك المغبون أو أي شريك آخر لم يسبق له أن طلب نقضها، وعندها يجوز أن تكون القسمة الجديدة اتفاقية إذا أجمعوا على ذلك.

كما قد تكون قضائية في حالة عدم موافقة أحدهم أو لبعض منهم، على أنه يجوز في القسمة الجديدة التي تمت بالتراضي الطعن فيها من جديد بالغبن كما أنها لأول مرة، في حين لا يجوز الطعن في القسمة القضائية التي تم إجرائها بعد نقض القسمة الاتفاقية بالغبن.³

¹ - جدو فاطمة الزهراء، مغيث الطيب، قيط أحمد، المرجع نفسه، ص 68 و 69.

² - أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 256.

³ - جدو فاطمة الزهراء، مغيث الطيب، قيط أحمد، المرجع السابق، ص 67.

المطلب الثاني

دعوى منع التعريض والاستحقاق في القسمة النهائية

يترتب على القسمة اتفاقية كانت أم قضائية إفراز أنصبة الشركاء كل حسب حصته في الشئوع على أن تكون الحصة الآيلة للشركاء متعادلة، فيتحقق إفراز نصيب كل واحد منهم تحولت الملكية من شائعة إلى مفرزة، وعندما يكون المتقاسم جميع الحقوق على نصيبه يستعمله ويستأثر به.

لكن قد يحدث بعد القسمة تعرض لأحد المتقاسمين في الملكية، والذي يمكن أن يصل إلى حد استحقاق الغير لكل نصيب المتقاسم أو جزء منه، لذا فرض القانون على المتقاسمين التزاما بالضمان وذلك بتحمل أي تعرض أو استحقاق صادر من الغير (فرع أول) الذي إذا تحقق كان على المتقاسمين الآخرين التعريف عن الضرر اللاحق (فرع ثان).

الفرع الأول

مفهوم الضمان

فرض المشرع الجزائري على المتقاسمين التزاما بالضمان، حيث جاء في المادة 731 ق.م.ج على أنه: « يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض ما قد يقع من تعرض أو استحقاق لسبب سابق على القسمة ويكون كل منهم ملزما بنسبة حصته أن يعوض المتقاسم المتعرض له أو المنزوع حقه، على أن تكون العبرة في تقدير الشيء بقيمته وقت القسمة، فإذا كان أحد المتقاسمين معسرا وزع القدر الذي يلزمه على مستحق الضمان وجميع المتقاسمين غير المعسرين غير أنه لا محل للضمان إذا كان هناك اتفاق صريح يقضي بالإعفاء منه في الحالة الخاصة التي ينشأ عنها، ويمتنع الضمان أيضا إذا كان الاستحقاق راجعا إلى خطأ المتقاسم نفسه ».

يختلف الضمان الذي تضمنته المادة 731 أعلاه عن الضمان الوارد في القواعد العامة والمعمول به في عقد البيع¹، ويظهر ذلك من خلال مدلوله وأساسه القانوني (أولاً) صف إلى ذلك ضرورة توافر شروط خاصة لقيامه، ومنه رفع دعوى للمطالبة بالتعويض ودفع التعرض والاستحقاق (ثانياً).

أولاً- تعريف الضمان وأساسه

يتعين على كل واحد من المتقاسمين ضمان المتقاسمين الآخرين لما يقع لهم من تعرض واستحقاق في المال المفزر الذي آل إلى كل منهم نتيجة القسمة، وبالتالي فهم يضمنون بعضهم البعض، بحيث يكون كل واحد ملزماً بنسبة حصته المفزة بالتعويض للمتقاسم الذي تم التعرض له في حقه، والمقصود بضمان التعرض هو ضمان ادعاء الغير ملكية المال الذي آل للمتقاسم نتيجة القسمة، ويتحقق إذا ما ادعى أجنبي ملكية العين التي آلت إلى المتقاسم كلها أو بعضها أو الادعاء بحق عيني آخر عليها.²

أما ضمان الاستحقاق هو ضمان ما استحق من أحد المتقاسمين أو ضمان ما انتزع منه، وذلك إذا حكم للأجنبي بما يدعيه في ضمان التعرض كلياً كان أو جزئياً، فيقوم ضمان الاستحقاق نتيجة للإخلال بدفع التعرض، فالضمان في القسمة هو التزام متبادل بين المتقاسمين لتحقيق العدل

¹ - تنص المادة 371 ق.م.ج على أنه: «يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه سواء كان التعرض من فعله أو من فعل الغير يكون له وقت البيع حق على المبيع يعارض به المشتري، ويكون البائع مطالباً بالضمان ولو كان حق ذلك الغير قد ثبت بعد البيع وقد آل إليه هذا الحق من البائع نفسه».

وتضيف المادة 372 ق.م.ج أنه: «إذا رفعت على المشتري دعوى استحقاق المبيع كان على البائع حسب الأحوال ووفقاً لقانون الإجراءات المدنية أن يتدخل في الخصومة إلى جانب المشتري أو أن يحل فيها محله إذا علم البائع في الوقت المناسب ولم يتدخل في الخصام وجب عليه الضمان إلا إذا أثبت أن الحكم الصادر في الدعوى كان نتيجة تدليس أو خطأ جسيم في المشتري».

² - تيقرين تيزيري، حماني حكيمة، المرجع السابق، ص 56. راجع أيضاً: جدو فاطمة الزهراء، مغيث الطيب، قيط احمد، المرجع السابق، ص 53 و54.

والمساواة فيما بينهم حول أنصبتهم المفترزة، فمن غير العدل أن يستأثر متقاسم أو متقاسمين بكل نصيبهم، في حين نجد أحدهم انتزع منه حقه المفترز من القسمة بسبب سابق عن إجراء القسمة.¹

لذا يتعين على كل متقاسم ضمان التعرض عن طريق اتخاذ كل أية وسيلة لدفع هذا التعرض الصادر من الغير، فإن لم ينجح في ذلك واستحق المال المضمون كان ملتزماً بتعويض المضمون له عن هذا الاستحقاق.²

فباعتبار التكييف القانوني للإفراز، يتمثل في ترتيب الأثر الكاشف للقسمة بأنه يؤول لكل متقاسم نصيبه حسب حصته في الشيوع، يراعي فيه مبدأ العدل والمساواة في القسمة، فإن هذا الأخير يعتبر بمثابة أساس يقوم عليه الضمان، من ثم الإخلال به يترتب عنه حق المطالبة بمنع التعرض والذي إذا تحقق نتج عنه إلزامية التعويض للمضرور مالم يوجد نص قانوني صريح يقضي بالإعفاء من الضمان في الحالة الخاصة التي نشأ عنها.

مما يتعين الإشارة إليه بصدد الضمان في القسمة³، فإن ما جاء في المادة 371 ق.م.ج يعتبر النص الوحيد الذي تضمن صراحة الأساس القانوني للضمان في القسمة النهائية وبين شروطه، وأما ماتعلق بأحكامه فيتعين الرجوع إلى القواعد العامة في ضمان التعرض والاستحقاق في عقد البيع والمقايضة شريطة أن لا تتعارض هذه الأحكام مع وصف القسمة بأنها كاشفة.⁴

¹ - مصطفى محمد جمال، نظام الملكية، الإسكندرية، دون سنة النشر، ص 192.

² - محمد عبد الرحمن الضويني، المرجع السابق، ص 71.

³ - يختلف الضمان في القسمة عن غيره من أحكام الضمان الواردة في القواعد العامة، فمثلاً ضمان العيب الخفي يتحقق بوجود عيب خفي جعل من النصيب الذي آل إلى المتقاسم قد تم تقويمه بأكثر من قيمته، وهذا يكفي للطعن فيه وفقاً لأحكام الغبن وطبقاً للمادة 732 ق.م.ج.

⁴ - أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 265.

ثانيا - شروط رفع دعوى الضمان

يقع الضمان في القسمة النهائية اتفاقية كانت أو قضائية، عينية أو قسمة تصفية، بمعدل أو بغير معدل، صريحة كانت أم فعلية، وذلك متى توافرت شروطه المنصوص عليها صراحة في المادة 731 ت.م.ج، من وقوع تعرض واستحقاق، وبسبب سابق على القسمة وليس بفضل خطأ صادر عن المتقاسم ما لم يوجد اتفاق صريح يعفي من الضمان.

1- وقوع تعرض واستحقاق

يضمن المتقاسم الاستحقاق الصادر من الغي، والذي يتحقق بادعاء هذا الأخير ملكية العين التي آلت إلى المتقاسم كلها أو بعضها، أو أنه يدعي حقا عينا آخر عليها، أما الاستحقاق فيتم إذا حكم لهذا الأجنبي بما يدعيه.

بالرجوع إلى نص المادة 731، نجد أنها حصرت ضمان التعرض والاستحقاق في الغير، ويفهم ذلك من خلال العبارة الآتية: « يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض ما قد يقع من تعرض... وهذا ما يميز الضمان في القسمة عن ضمان التعرض والاستحقاق في عقد البيع بحيث يضمن البائع التعرض والاستحقاق الصادر منه شخصا ومن الغير إذ نصت المادة 371 ق.م.ج على ما يلي: « يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه سواء كان التعرض من فعله أو من فعل الغير... ».

فإذا انفرد فريق من الشركاء باقتسام المال الشائع كله فيما بينهم، وأغفلوا نصيب شريك آخر أو أكثر، فإن المسألة هنا لا تكون حالة ضمان يلتزم به الشركاء المتقاسمون نحو الشريك الذي أغفل نصيبه وإنما يكون مال القسمة هنا البطلان المطلق.¹

¹ - أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 265.

لكن عدم ورود ضمان التعرض الصادر من المتقاسم نفسه في المادة 731 ق.م.ج، وذلك إعمالاً بالقاعدة القائلة: « من وجب عليه الضمان امتنع عليه التعرض » فإن هذا لا يمنع من إعمال القواعد العامة التي تسري على جميع العقود.

فيكون التعرض مادياً من المتقاسم نفسه إذا كان مثلاً لمتقاسم في الملكية الشائعة محلاً وقع في نصيبه بعد الفرز، فهنا لا يجوز لمتقاسم آخر إقامة محل آخر ينافسه ويعمل على جلب زبائن المحل الأول، وهذا مراعاة لمبدأ حسن النية¹، فإذا حدث ذلك كان تعرضاً شخصياً ومادياً وجب ضمانه والتعويض عن الضرر اللاحق بالمتقاسم.

وأما التعرض القانوني يكون مبنياً على سبب قانوني أو تصرف قانوني، فمثلاً عند إجراء القسمة حدث وإن تم إدخال مال معين مملوك ملكية خاصة لأحد المتقاسمين، عند إعداد مشروع القسمة، فوقع هذا المال أو العين في نصيب متقاسم آخر، فيحق للمتقاسم الذي تم التعرض له في حقه أن يقوم باسترداده ولا يمنعه من ذلك التزام بالضمان، بل له المطالبة بإبطال القسمة للغلط أو المطالبة بنقض القسمة للغبن متى استرد ماله ومتى توافرت شروط الغبن.²

نشير في هذا الصدد إلى أن التعرض الصادر من الغير يجب أن يكون مؤسساً على سبب قانوني لا غير، ويتعين على المتقاسمين، وإثر الدعوى المدفوعة من المعارض إثبات أن ما ادعاه هذا المتقاسم يخالف ما اعتقده، كما أنه لا يمكن رفع دعوى الضمان إذا ما تملك المتقاسم الدائن لعين لسبب غير راجع إلى القسمة، كالميراث أو الشراء، فتكون العين في واقع الأمر قد استحققت

¹ - تنص المادة 107 ق.م.ج على أنه: «يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبحسن نية.

ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقدين بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف، والعدالة، بحسب طبيعة الالتزام...».

² - راجع كل من: أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 265. تقيرين تيزيري، حماني حكيمة، المرجع السابق، ص 59.

للمالك الحقيقي ثم انتقلت ملكيتها منه إلى المتقاسم، ومنه تكون العين قد استحققت فعلا، وبالتالي وجب ضمان الاستحقاق.¹

2- وجود سبب سابق على القسمة

يتحقق الضمان إذا كان التعرض أو الاستحقاق راجعا إلى سبب سابق على القسمة، بمعنى أن يكون الحق الذي يدعيه الغير على الحصة التي آلت إلى المتقاسم قد نشأ قبل ووقوع القسمة، وهو ما اشترطته صراحة الفقرة الأولى من المادة 731 ق.م.ج بنصها: «**يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض ما قد يقع من تعرض أو استحقاق لسبب سابق على القسمة...**».

فالعبرة عند رفع دعوى الضمان والمطالبة بالتعويض عن الخسارة التي لحقت بالمتقاسم جراء لحقه في الملكية المفترزة التي أصبحت من نصيبه، تكون بتحديد التاريخ الذي انتزعت فيه ملكية المتقاسم²، فمثلا في حالة تمسك الغير بالعين وفقا لأحكام التقادم المكسب³، فيجب على المتقاسم إثبات أن تلك المدة غير كافية لاكتساب الملكية بالتقادم حتى ولو أنها بدأت قبل القسمة، ولكن لم

¹ - نقلا عن تقيرين تيزيري، حماني حكيمة، المرجع السابق، ص 59.

² - تقيرين تيزيري، حماني حكيمة، المرجع نفسه، ص ص 59 - 60.

³ - مما يمكن الإشارة إليه بصدد التقادم المكسب، فإنه وبموجب دعوى منع التعرض القائمة ضد الغير (المتعرض) من المتقاسم الذي تم التعرض له في حقه المفترز، فإن المحكمة التي تنتظر في هذا النزاع، وإذا ما أثبت الدفع بالتقادم من طرف الحائز وثبت لها توفر شروط الحيازة القانونية واستيفائها المدة التي يتطلبها القانون والمقدرة بـ 15 سنة كاملة دون أي انقطاع، تقضي برفض منع التعرض لعدم تأسيسها القانوني وبإسقاط هذه الأحكام على موضوع الحال، والذي هو ضمان التعرض في القسمة فإنه إذا كان التقادم المكسب يرجع إلى ما قبل القسمة، فإن المتقاسمون الآخرون ملزمون جميعا بتعويض المتقاسم الذي ضاعت منه حصته وفقا لدعوى الضمان في القسمة وتأسيسا على أحكام المادة 371 ق.م.

وفضلا عن ذلك قد يتمسك الغير وبموجب دعوى الاستحقاق المرفوعة من هذا الأخير بحقه الخالص في العقار محل النزاع مع المتقاسم والتمسك بموجب طلبه الأصلي باستحقاقه لذلك العقار، واكتسابه وفقا لأحكام التقادم المكسب لتصدر المحكمة بعد تأكدها من صحة ما يدعيه هذا الغير بتثبيت الملكية له على أن يكون الحكم القضائي بتثبيت الملكية محل إشهار في المحافظة العقارية بعد صيرورته نهائيا وبالتالي يضع المتقاسم هنا أمام الأمر الواقع وضياع حقه في نصيبه المفترز عن القسمة مما يعطيه الحق في رفع دعوى الضمان ضد المتقاسمين الآخرين للتعويض عن ذلك متى ثبت للمحكمة أن ضياع هذا الحق راجع إلى سبب سابق عن القسمة.

تكتمل وفقا لما ينص عليه القانون، وذلك راجع إلى قطع التقادم من المتقاسم، وبالتالي يكون بسبب الضمان سابقا على القسمة، فيكون جميع المتقاسمين ضامنين لهذا التعرض¹، وبالتالي تعويض المتقاسم عما لحقه من أضرار فيما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب.

لكن إذا ثبت المتقاسمون الآخرون أثناء سير دعوى الضمان المرفوعة ضدهم، بأن التعرض أو الاستحقاق لم يكن بسبب سابق عن القسمة بل لاحق لها، رفضت الدعوى من حيث الموضوع لعدم تأسيسها قانونا، فإذا بقينا دائما في المثال السابق حول التقادم المكسب فإنه إذا ثبت أن ضياع الحق راجع إلى أعمال المتقاسم لقطعته الأرضية الآيلة له بموجب القسمة، فلا يحق له إلزام المتقاسمين بالضمان خاصة وأن سبب الاستحقاق الذي هو التقادم قد تحقق بعد القسمة، ضف إلى ذلك فإن خطئه وإهماله لقطع مدة التقادم هو الذي أدى إلى استحقاق الغير لهذا المال.²

3- عدم وجود اتفاق صريح يعفي من الضمان

لقد قيدت المادة 2/731 ق.م.ج، الحق في المطالبة بالضمان التعرض والاستحقاق بعدم وجود اتفاق يعفي من الضمان صراحة حيث جاء فيها: «...غير أنه لا محل للضمان إذا كان هناك اتفاق صريح يقضي بالإعفاء منه في الحالة الخاصة التي نشأ عنها».

يفهم من هذه الفقرة أن الالتزام بالضمان ليس من النظام العام بدليل جواز الاتفاق على إسقاطه، لكن لكي يرتب الاتفاق على الإعفاء من الضمان آثاره القانونية، وبالتالي الاحتجاج والتمسك به في مواجهة المتقاسم الذي وافق على ذلك يشترط تحقق ما يلي:³

¹ - أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 268.

² - راجع في هذا الصدد: أحمد خالدي، المرجع نفسه، ص 268. س. تيقرين تيزيري، حماني حكيمة، المرجع السابق، ص 59 و 60. راجع أيضا: عادل بوحديش، المرجع السابق، ص 40.

³ - راجع كل من: أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 269 و 270. عادل بوحديش، المرجع السابق، ص 41.

1- أن يكون شرط الإعفاء من الضمان صريحا لا ضمنيا، وهذا يعتبر تشديدا من المشرع بشأن الاتفاق على إسقاط الضمان في القسمة، ولكن على العكس من ذلك فإن المشرع، وبصدد التصرفات الأخرى خاصة ما تعلق منه بعقد البيع، فإنه أعطى الخيار لأطراف العقد بالاتفاق على إسقاط الضمان والتعبير عن ذلك صراحة أو ضمنا، وهو ما يستخلص من المادة 377 ق.م.ج التي تنص على: « يجوز للمتعاقدین بمقتضى اتفاق خاص أن تزيد في ضمان نزع اليد أو ينقص منه أو يسقطاه.

ويفترض في حق الارتفاق أن البائع قد اشترط عدم الضمان، إذا كان هذا حق ظاهرا أو كان البائع قد أعلم به المشتري.

ويكون باطلا كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه، إذا تعمد البائع إخفاء حق الغير».

2- أن يرد في شرط الإعفاء بسبب الاستحقاق بالذات المراد الإعفاء من ضمانه، وعلى خلاف ذلك في عقد البيع فإنه لا يشترط تحديد بسبب الاستحقاق محل الإعفاء من الضمان، حيث جاء نص المادة 377 ق.م.ج، عاما في هذا الخصوص ومما ينبغي الإشارة إليه بصدد الإعفاء من الضمان في القسمة، فإنه لكي ينتج آثاره القانونية ويكون ملزما لأطرافه، أن يرد بصفة صريحة وخاصة ويستوي أن يكون هذا الاتفاق وارد في عقد القسمة ذاته أو في ورقة مستقلة¹، لكن لا يمكن في جميع الأحوال التمسك بالاتفاق على الإعفاء من الضمان إذا ثبت غش أو خطأ جسيم من المتقاسمين الآخرين لأن هذه الحالة تعتبر جريمة يعاقب عليها القانون، فلا يجوز الاتفاق بشأنها عن الإعفاء من المسؤولية والضمان طبقا لما جاء في القواعد العامة.

4- عدم رجوع الاستحقاق إلى خطأ المتقاسم

إذا استحق الغير للنصيب المفرز للمتقاسم وكان سبب الاستحقاق يعود إلى خطأ المتقاسم نفسه، فلا يجوز لهذا الأخير التمسك بالضمان في مواجهة المتقاسمين أو مطالبتهم مجتمعين

¹- أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 270.

بالتعويض عن الضرر اللاحق به وضياع حقه منه، وهو ما جاء صراحة في الفقرة الأخيرة من المادة 731 ق.م.ج بقولها: « يمتنع الضمان أيضا إذا كان الاستحقاق راجعا إلى خطأ المتقاسم نفسه».

يتجسد أو يتحقق خطأ المتقاسم في دعوى الاستحقاق إذا قام بالدفاع عن حقوقه بنفسه ولوحده في الدعوى المرفوعة ضده من الغير ودون أن يدخل المتقاسمين الآخرين في الخصام، أو أنه أقر بأحقية الغير في المال المتنازع عليه، في حين أثبت المتقاسمون في دعوى الضمان وبالإضافة لما سبق ذكره أن الغير لم يكن على حق في دعواه.¹

لم تنص المادة 731 على طبيعة خطأ المتقاسم المسقط للضمان، إلا أن هذا لا يمنع من استخلاصه وحسب ما ورد أعلاه من المادة 372 ق.م.ج بشأن ضمان الاستحقاق في عقد البيع حيث جاء فيها: « إذا رفعت على المشتري دعوى استحقاق المبيع كان على البائع حسب الأحوال وفقا لقانون الإجراءات المدنية أن يتدخل في الخصومة إلى جانب المشتري أو أن يحل في محله إذا أعلم البائع في الوقت المناسب ولم يتدخل في الخصام وجب عليه الضمان، إلا إذا أثبت أن الحكم الصادر في الدعوى كان نتيجة تدليس أو خطأ جسيم صادر من المشتري.

فإذا لم يخبر المشتري البائع بدعوى الاستحقاق في الوقت المناسب وصدر عليه حكم حائز قوة الشيء المقضي به فإنه يفقد حق الرجوع بالضمان إذا أثبت البائع أن التدخل في الدعوى كان يؤدي إلى رفض دعوى الاستحقاق ».

كما تضيف المادة 372 ق.م.ج في نفس السياق على ما يلي: « إن الرجوع بالضمان هو حق يثبت للمشتري ولو اعترف عن حسن نية بحق الغير أو تصالح معه دون أن ينتظر حكما قضائيا متى أخبر البائع بالدعوى في القوت المناسب ودعاه كل محله فيها دون حدود كل ذلك ما لم يثبت البائع أن الغير لم يكن على حق في دعواه».

¹ - أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 272.

فإذا حدث وأن فقد المتقاسم حقه وصدر حكم قضائي يقضي باستحقاق¹ الغير للمال المتنازع فيه الذي هو نصيب المتقاسم من القسمة، وكان ذلك الاستحقاق بفضل وبخطأ المتقاسم، كان للمتقاسمين الآخرين إذا ما رفعت ضدهم دعوى الرجوع بالضمان أن يتمسكوا بما جاء في أحكام المواد 731 و 372 و 373 ق.م.ج، وبالتالي رفض دعوى الضمان لعدم التأسيس القانوني.

إذا متى توافرت شروط الضمان كان المتقاسمون مسؤولون وملزمون بالضمان، فيحق للمتقاسم المتعرض له ممارسة حق الرجوع عليهم جميعا بموجب دعوى الضمان، وذلك متى ثبت تدخل المتقاسمين في دعوى الاستحقاق بناء على طلب المتقاسم المعارض له، لكن فشلوا في دفع ورد الاستحقاق، أو أن المتقاسمون لم يتدخلوا في الدعوى بالرغم من دعوتهم قانونا من طرف المتقاسم وأدى هذا الامتناع إلى صدور حكم بالاستحقاق للمعارض. وأما ميعاد رفع دعوى ضمان التعرض والاستحقاق في القسمة، وما إذا لم يرد نص صريح في شأنها فإنه يتعين الرجوع إلى القواعد العامة حيث حددت المادة 308 ق.م.ج مدة تقادم الالتزام بمدد 15 سنة كاملة بنصها: « يتقادم الالتزام بانقضاء خمسة عشرة (15) سنة فيما عدا الحالات التي ورد فيها نص خاص في القانون وفيما عدا الاستثناءات الآتية...».

أما عن بداية سريان واحتساب مدة التقادم، فيكون من تاريخ ثبوت الاستحقاق، وهذا حسب ما جاء في المادة 315 ق.م.ج بقولها: « لا يبدأ سريان التقادم فيما لم يرد فيه نص خاص إلا من اليوم الذي يصبح فيه الدين مستحق الأداء وخصوصا لا يسري التقادم بالنسبة إلى دين معلق على

¹ - إن الإثبات في دعوى الاستحقاق لا ينصب على مصدر نشوء الالتزام في ذمة الغي، وإنما يرد على الأسباب التي حددها القانون على سبيل الحصر لكسب الملكية أو أي حق عيني آخر والمتمثلة في: التصرف القانوني، الشفعة، الحيازة، والتقادم المكسب في العقار، الاستيلاء والميراث، وهذه الأسباب يقتضي إثباتها بسند رسمي مشهر بالمحافظة العقارية وفقا لأحكام المادة 29 ق.ت.ع، وأما حالة التمسك بالاستحقاق على أساس التقادم المكسب وطالما أن مسألة الحيازة تتعلق بالموضوع، فإنه يمكن إثباتها بكافة وسائل الإثبات بما فيها التحقيق بسماع الشهود. راجع في هذا الصدد عن الإثبات في دعوى الاستحقاق: وهاب عياد، التصرف في الملكية العقارية الشائعة، المرجع السابق، ص ص 61-68.

شرط واقف إلا من اليوم الذي يستحق فيه الشرط وبالنسبة إلى ضمان الاستحقاق إلا من الوقت الذي يثبت فيه الاستحقاق...».

ثانيا - آثار الضمان في القسمة النهائية:

يترتب على ممارسة المتقاسم حقه في رفع دعوى الضمان إلى صدور حكم يقضي بالزام المتقاسمين أو المدعى عليهم بتعويض المدعي أو المتقاسم كل بنسبة حصته في الملكية الشائعة على أن يتحمل المتقاسم جزءا من هذا التعويض تحقيقا لمبدأ المساواة بينهم جميعا.

يتحدد مقدار التعويض وكيفية أدائه بالنظر إلى الاستحقاق الذي يكون إما كلياً، وهو ما يعرف بالاستحقاق الكلي (1) أو جزئياً (2) وكما يلزمون برد ما أداه المتقاسم للمتعرض توقي للاستحقاق.

1- التعويض في حالة الاستحقاق الكلي

إذا صدر حكم قضائي قضى بتثبيت ملكية المدعي في دعوى الاستحقاق، وبالتالي استحقاق المال المتنازع عليه كلياً، فإنه يحق للمتقاسم الرجوع على المتقاسمين الآخرين بالتعويض الشامل عن قيمة العين أو العقار الذي انتزع منه، وتحدد قيمة هذا التعويض وفقاً لمعيار معين ألا وهو تقدير الشيء الذي استحق بقيمته وقت القسمة لا وقت صدر حكم الاستحقاق، وهذا ما يميز التعويض بموجب دعوى الضمان في القسمة عن التعويض في دعوى ضمان التعرض والاستحقاق في البيع.¹

إن السبب في اعتماد هذا المعيار في التعويض وكيفية تقديره يعود إلى كون الأساس في القسمة قائماً على ضرورة تحقيق المساواة بين المتقاسمين وقت القسمة لا بعدها.

¹ - نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية في القانون المدني المصري واللبناني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ص

بالتالي تحميل كل واحد من المتقاسمين جزءا من الخسارة اللاحقة بالمتقاسم الذي تم استحقاق نصيبه من الغير، وهذا ما لم يثبت إفسار أحدهم¹، في حين وبخصوص عقد البيع ولكونه من عقود المضاربة اذ يمكن أن تزيد قيمته أو تنقص بعد البيع، فإن تقدير التعويض عن ضمان الاستحقاق يكون اعتمادا على قيمة المبيع وقت الاستحقاق.²

كما يضاف إلى التعويض عن قيمة العقار، قيمة الثمار التي ألزم المتقاسم ردعا للمستحق وكذا جميع المصاريف التي تكبدها بما فيها مصاريف إجراءات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق وهذا رجوعا إلى القواعد العامة مادامت لا تتعارض مع طبيعة القسمة.³

يبقى حق المتقاسم الذي استحق نصيبه في الرجوع على المتقاسمين الآخرين مضمونا في القانون المدني بما يسمى "امتياز المتقاسم" طبقا للمادة 1001 منه والذي سبق التطرق إلى مدلوله وأحكامه في المبحث الأول من الفصل الثاني من هذه المذكرة.

¹ - حيث تنص الفقرة الأولى من المادة 731 ق.م.ج: «... فإذا كان أحد المتقاسمين معسرا وزع القدر الذي يلزمه على مستحق الضمان وجميع المتقاسمين غير المعسرين».

² - أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 273.

³ - حيث تنص المادة 375 ق.م.ج على أنه: «في حالة نزع اليد الكلي عن الجميع فللمشتري أن يطلب من البائع:

- قيمة المبيع وقت نزع اليد.
- قيمة الثمار التي ألزم المشتري بردها إلى المالك الذي نزع يد المشتري عن المبيع.
- المصاريف النافعة التي يمكنه أن يطلبها من صاحب المبيع وكذلك المصاريف الكمالية إذا كان البائع سيء النية.
- جميع مصاريف دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق باستثناء ما كان المشتري يستطيع أن يتقيه منها لو أعلم البائع بهذه الدعوى الأخيرة طبقا للمادة 373.

- وبوجه عام تعويضه عما لحقه من الخسائر أو فاته من كسب بسبب نزع اليد عن المبيع.

كل ذلك ما لم يقدّم المشتري دعواه على طلب فسخ البيع أو إبطاله».

2- التعويض عن حالة الاستحقاق الجزئي

يكون الاستحقاق جزئياً إذا استحققت العين جزئياً، وذلك مهما كانت طريقة تحققه فقد يتبين أنه تم ترتيب حق انتفاع أو حق ارتفاق العقار لكن يظهر فيما بعد أنه غير موجود ففي جميع الأحوال يكون هناك استحقاق جزئي، فإذا استحققت العين استحقاق جزئياً للمتقاسم الرجوع على بقية المتقاسمين بالتعويض عما أصابه من خسارة كل بنسبة حصته دون ما بقي من العين¹، وهذا ما يميزه عن الاستحقاق الجزئي في عقد البيع حيث تنص المادة 376 ق.م.ج أنه: « في حالة نزع اليد الجزئي عن المبيع، وفي حالة وجود تكاليف عنه وكانت خسارة المشتري قد بلغت قدراً لو علمه المشتري لما أتم العقد، كان له أن يطالب البائع بالمبالغ المبينة في المادة 375 مقابل رد المبيع من الانتفاع الذي حصل عليه منه.

وإذا اختار المشتري استيفاء المبيع، أو كانت الخسارة التي لحقته لم تبلغ القدر المشار إليه في الفقرة السابقة لم يكن له سوى المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحقه بسبب نزع اليد عن المبيع».

3- رد ما أداه المتقاسم للمتعرض توكياً للاستحقاق:

إذا اختار المتقاسم أي المدعي في دعوى الضمان، واتفق مع المعارض على دفع مبلغ من النقود أو بأداء شيء آخر في مقابل حقه صلحاً أو إقراراً بهذا الحق تفادياً لاستحقاقه كلياً أو جزئياً فإنه يتعين على المتقاسمين الآخرين إذا أرادوا التخلص من ضمان الاستحقاق أن يردوا للمتقاسم المضروب ما أداه للمعارض².

¹ - تيقرين تيزيري، حماني حكيمة، المرجع السابق، ص 63.

² - أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 276.

إن تطبيق هذا الحكم مستمد من مقتضيات المادة 374 ق.م.ج ما دام لم يرد نص صريح بشأن هذه الحالة يصدر أحكام الضمان في القسمة التي تنص: «عندما يتجنب المشتري نزع اليد عن الشيء المبيع كله أو بعضه بدفع مبلغ من النقود أو بأداء شيء آخر، فعلى البائع أن يتخلص من نتائج الضمان بأن يرد للمشتري ما دفعه من نقود أو قيمة ما أداه من شيء آخر مع مصاريف الخصام».

خاتمة:

نخلص في ختام موضوعنا هذا إلى القول بأن القسمة أهم وسيلة يتم من خلالها رفع حد للخلافات والمشاكل التي تنثور بين الشركاء حول المال الشائع، خاصة إذا تعلق الأمر بأموال ناتجة عن الميراث، فكثيرا ما يرغب البعض من الورثة أو أحدهم أو حتى غالبيتهم بالاستئثار بالتركة وحرمان الورثة الآخرين من حقهم الشرعي والقانوني لذا تعتبر القسمة السبيل الأنجع في ذلك.

فمتى تمت القسمة اتفاقية كانت أم قضائية وروعت فيها الشروط التي يتطلبها القانون، فبالنسبة للقسمة الرضائية أو الاتفاقية متى أجمع الشركاء واتفقوا على الخروج من الشيع، كان لهم ذلك على أنه يجب عليهم وفي جميع الأحوال مراعاة بعض الظروف والحالات الخاصة لاسيما ما تعلق منه بوجود قاصر أو غائب بين الشركاء، بحيث يتعين الحصول على إذن من القضاء ومراعاة بعض الأحكام الخاصة خاصة لما يتعلق الأمر بقسمة الأراضي الفلاحية، فهذه الأخيرة وضع القانون جملة من الأحكام تضبط عملية تجزئة هذه الأراضي ولعل الهدف منها هو حماية طابعها الفلاحي.

إن هذه الأحكام الخاصة تقتضيها كذلك طلب القسمة المقدم أمام القضاء فمتى توافرت في المدعي رافع الدعوى الصفة في التقاضي وفي الدعوى وأثبت ذلك بمختلف الوثائق، جاز له المطالبة بوضع حد للشيع عن طريق إجراء قسمة قضائية عينية كانت أو قسمة تصفية إذا استحال قسمة الأموال الشائعة عينا، لتقضي المحكمة بعد ملاحظاتها توافر جميع الشروط الشكلية والموضوعية تعيين خبير عقاري يكلف بإعداد مشروع القسمة، ليكون للمحكمة بالأخير السلطة التقديرية والأخذ برأي الخبير من عدمه، لتقوم كمرحلة نهائية وبعد مصادقتها على الخبرة المنجزة بإجراء القرعة لفرز أنصبة الشركاء في الشيع، لكن ومهما كانت طريقة القسمة التي اعتمدها الشركاء فإنه يجب عليهم وتحت طائلة عدم نفاذها إخضاعها للشكلية المشترطة قانونا، من إفراغ اتفاق الشركاء في حالة القسمة الرضائية وفي قالب رسمي أمام الموثق، وإشهار عقد القسمة الرضائية أو الحكم القاضي بإفراز أنصبة الشركاء عن طريق القرعة، وبعد صيرورته نهائيا أمام المحافظة العقارية.

فمتى روعيت الشروط والإجراءات المنصوص عليها قانوناً، استوفت القسمة النهائية لأثارها القانونية، حيث يعتبر الإفراز الأثر المباشر والأساسي للقسمة بموجبه ينفرد كل متقاسم بنصيبه ويمتلكه ملكية خالصة، فضلاً عن ذلك وإحاقاً للعدل والمساواة في القسمة، على المتقاسمين أن يضمّنوا بعضهم البعض من توقي واستحقاق الغير ومن الغبن، وإلا أمكن للمتضرر بعد ذلك مرافعتهم قضائياً للمطالبة بالتعويض عن الأضرار اللاحقة به، وقد يصل الأمر إلى حد نقض هذه القسمة. يتبين إلى هذا الحد أن المشرع قد وضع قواعد وأحكام تضبط عليه القسمة لكن هذا لا يمنع من وجود بعض الثغرات والتناقضات نجملها فيما يلي:

- فيما يتعلق النظر في دعاوي القسمة فالقضاة غالباً ما يتسرعون إلى إصدار أحكام ما قبل الفصل في الموضوع بتعيين خبير عقاري لإعداد مشروع القسمة، ويتغاضوا النظر عن التثبت من صفة أطراف الدعوى والتي تثير إشكالا حقيقيا خاصة وأنه قد يتدخل أشخاص في مثل هذه الدعاوي وحتى المدعي نفسه قد لا تكون لهم الأحقية في طلب القسمة، لكونهم ليسوا شركاء على الشيوع، ضف إلى ذلك، فإن الحكم الأمر بالخبرة في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية الساري المفعول حالياً لا يمكن الطعن فيه بالاستئناف إلا مع الحكم القطعي الفاصل في موضوع الدعوى، فكل هذا قد يؤدي إلى تعطيل مصالح المتقاضين من جهة، وإثقال كاهلهم بمصاريف قضائية كثيرة فضلاً عن ضياع حقوق الكثير منهم جراء تدخل الغير وقبول المحكمة لذلك، واعتباره شريكاً في الشيوع دون أن تتخذ أي إجراء للتحقيق في هذا الصدد.

- أن القضاة لما يعينون خبير بإعداد مشروع القسمة إثر إرجاع الدعوى من أحد الشركاء، عادة ما تلجأ إلى المصادقة على تقرير الخبرة، في حين أن الخبير قد يتجاوز حدود المهام المكلف بها ويقوم في الكثير من الحالات بفرز أنصبة الشركاء كل حسب حصته في الشيوع، ومنح كل شريك نصيبه المفرز، في الوقت الذي تعتبر عملية الفرز هذه عمل خالص للقاضي يقوم بإجراءاته اعتماداً على القرعة أو ما يسمى بالاقتراع، ووفقاً لما ورد في القانون، وبهذا يكون القاضي قد تنازل عن مهامه للخبير وهو فرق صارخ للقانون.

- إن المشرع الجزائري رتب للقسمة النهائية آثار، منها الإفراز كأثر مباشر للقسمة وفي تكييفه له لم يكن واضحا، فلو أنه كأصل أقر بالآثر الكاشف للقسمة بمجرد الإفراز، إلا أنه من جهة أخرى وقع في تناقض وغموض بصدد الأثر الناقل و الرجعي للقسمة، فبالنظر إلى قوانين الشهر العقاري فإن عملية نقل الملكية أو تعديلها، وعلى العموم جميع المعاملات المتعلقة بعقارات أو حقوق عينية عقارية لا تكون لها أثر إلا من يوم إشهارها في مجموع البطاقات العقارية، إلا أنه وبالرجوع إلى أحكام المادة 730 من ق.م.ج ، يفهم منها أن القسمة تنتج أثارها بين الأطراف بمجرد فرز أنصبة الشركاء، وبالتالي يكون الشهر للاحتجاج فقط ضد الغير، وهذا ما يتعارض مع مبادئ الشهر العقاري لذا من الأجدر لو كان المشرع قد أخذ بازدواجية التكييف القانوني لعملية الإفراز بالقول بالآثر الكاشف والناقل للقسمة.

- كما يعاب كذلك على المشرع أنه، وبصدد إجراءات القرعة التي تعتبر مرحلة نهائية للقسمة فإنه لم يضع ضوابط لها وترك للقاضي الحرية في إجرائها في جميع الأحوال، ضف إليها فقد تكون هناك حالات لا تستدعي القرعة كأن يكون أحد الشركاء مالكا لعقار ملاصقا للعقار المشاع محل القسمة، فالأجدر هنا منحه الجزء المفزر المحاذي لعقاره الذي لم يدخل ضمن القسمة.

قائمة المراجع:

أولا :الكتب:

- 1- أبي عبد الله محمد بن عبد الرحمن المغربي، مواهيب الجليل لشرح مختصر الخليل، ج 7، ، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1995.
- 2- أحمد خالدي، القسمة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري على ضوء اجتهاد المحكمة العليا ومجلس الدولة، دط، دار هومه ، الجزائر 2008.
- 3- أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، الحقوق العينية الأصلية حق الملكية والحقوق المتفرعة عنه، د ط، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.
- 4- إقلولي ولد رابح صافية، قانون العمران الجزائري أهداف حضرية ووسائل قانونية، ط2، دار هومه، الجزائر، 2015.
- 5- حسن كيرة ، الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، أحكامها، ومصادرها، ط3، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة 1994.
- 6- _____، الحقوق العينية الأصلية، أحكامها، ومصادرها، ط3، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة 1994.
- 7- عمر حمدي باشا ، نقل الملكية العقارية، دار هومه، الجزائر، 2000.
- 8- عمر حمدي باشا و زروقي ليلي ، المنازعات العقارية، د ط، دار هومه، الجزائر، 2000
- 8- زاهية سي يوسف، عقد الرهن الرسمي، دار الأمل الجزائر، د سن.
- 9- شيخ الإسلام محمد بن علي الشوكاني، السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، ج 3، ، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
- 10- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 6، دارالنهضة العربية، القاهرة، 1967.
- 11- عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية ، د د ن، د ب ن، 1982 .
- 12- علاء الدين أبي بكر الكيسان، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 9، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2005.

-
- 13- محمد جمال الدية زكي، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، مطبعة جامعة القاهرة القاهرة، 1987.
- 14- محمد حسن منصور، الحقوق العينية الأصلية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2007.
- 15- محمد حسين قاسم، موجز الحقوق العينية الأصلية، ج 1، منشورات الحلبي الحقوقية، دمشق، 2005.
- 16- محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة، ج 1، ط 2، دار الهدى، الجزائر، 2004.
- 17- _____، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ج 1، ط 4، دار الهدى، الجزائر، 2009.
- 18- محمد عبد الرحمن الضويني، أحكام القسمة في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الفكر الجامعي د، ب، ن، 2001.
- 19- محمد عزمي البكري، قسمة المال الشائع، أحكام دعوى الفرز و التجنيب، دار الفكر العربي، القاهرة، 1994.
- 20- _____، قسمة المال الشائع، أحكام دعوى الفرز والتجنيب، دار الفكر العربي، ط 3، القاهرة، 1994.
- 21- _____، حق الملكية في ذاته في القانون المدني، د ط، مكتبة دار الثقافة، عمان، 1998.
- 22- محمد وحيد الدين سوار، حق الملكية في ذاته في القانون المدني، ج 1، ط 2، مكتبة دار الثقافة، عمان، 1997.
- 23- مصطفى محمد جمال، نظام الملكية، منشأة المعارف، الإسكندرية، د س ن.
- 24- نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية في القانون المدني المصري واللبناني، منشورات الحلبي الحقوقية، دمشق، د س ن.
- 25- همام محمد محمود زهران، الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية، د ط، دار الجامعة الجديدة، د، ب، ن، 2007.

26- يوسف دلاندة، الوجيز في الملكية العقارية الخاصة الشائعة اكتسابها إثباتها، حمايتها، إدارتها، قسمتها على ضوء القانون الجزائري وما استقر عليه قضاء المحكمة العليا، دار هومة، الجزائر، 2015.

ثانيا:المذكرات العلمية :

أ- مذكرات الماجستير:

1- حياة كحيل، القسمة القضائية للعقار الشائع، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العقاري والزراعي، قسم القانون الخاص، جامعة سعد دحلب، البليدة، 2005.

2- زيار نوفل زويينة ، حق الامتياز في التشريع الجزائري ، مذكرة ماجستير كلية الحقوق بن عكنون ، الجزائر ، 2004.

3- صادق بن عزة، دور الادارة في مجال تطبيق أحكام العمران في التشريع الجزائري، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية والإدارية، تخصص قانون إداري وإدارة عامة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2012.

4- مازن زايد جميل عمران، القسمة الرضائية في العقار دراسة مقارنة، مذكرة مقدمة لاكمال متطلبات درجة الماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا ، جامعة النجاح الوطنية، نابلس فلسطين 2008.

5- نورة أورحمون، إثبات الملكية العقارية الخاصة في التشريع والقضاء الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق ، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2012.

6- وهاب عياد، التصرف في الملكية العقارية الشائعة، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع القانون العقاري، كلية الحقوق، جامعة الاخوة منتوري، قسنطينة، 2015.

ب- مذكرات الماستر

- 1- تيزيري تيقرين ، حكيمة حماني ، قسمة المال الشائع في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، شعبة القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2013.
- 2- سليمة مقرود، القسمة الرضائية في العقار المشاع في التشريع الجزائري، مذكرة تخرج تدخل ضمن متطلبات الحصول على شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون عقاري، جامعة الشهيد حمه لخضر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة الوادي، 2015.

ج- مذكرات التخرج:

- 1- فاطمة الزهراء جدو ، مغيت الطيب ، قيط أحمد ، أحكام قسمة الملكية الشائعة في النظام القانوني الجزائري ، مذكرة نهاية الدراسة للحصول على شهادة الليسانس تخصص قانون عقاري ، جامعة يحي فارس ، كلية الحقوق ، المدية ، 2013

- 2- عادل بوحديش، قسمة المال الشائع في القانون المدني الجزائري مذكرة نهاية التكوين، لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، دفعة، 2003/ 2006.

ثالثا - المقالات:

- 1- مازن مصباح صباح، إيجار المال الشائع في الفقه الإسلامي، مجلة الجامعة الإسلامية (سلسلة الدراسات الإسلامية)، المجلد السابع عشر، العدد الثاني، د ب ن ، د س ن يونيو 2007، ص ص 65 - 89.

2- محمد عقوني، الحق في طلب القسمة القضائية للعقار الشائع، **مجلة المفكر**، العدد السادس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة ص ص 381-389.

3- نسيمه درار، قسمة المهايأة في الأعيان المشتركة في القانون المدني الجزائري، **مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية**، عدد الثالث، الجزائر، سبتمبر 2014، ص ص 307-292.

رابعاً - النصوص القانونية:

أ- النصوص التشريعية :

1- أمر 58-75 مؤرخ في 1975/10/26 يتضمن القانون المدني معدل و متمم ج، ر عدد 31 الصادرة في 1975/10/13.

2- أمر رقم 75- 74 مؤرخ في 1975/11/12 يتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، ج.ر عدد 92 الصادرة في 1975/11/18

3- أمر رقم 76-105 مؤرخ في 09 ديسمبر 1976 يتضمن قانون التسجيل ، معدل و متمم ، ج.ر عدد 81 الصادرة في 18 ديسمبر 1977.

4- قانون رقم 84-11 مؤرخ في 1984/06/06، يتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية عدد 41، 1984، معدل ومتمم بالقانون رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005، ج.ر عدد 15 الصادرة في 27/02/2005.

5- قانون رقم 90-29 مؤرخ في 1990/12/01، يتعلق بالتهيئة والتعمير ج.ر ، عدد 52 الصادرة في 1990/12/02 ، معدل و متمم بموجب قانون رقم 04-05 مؤرخ فب 14/08/2004 ، ج.ر عدد 51 ، الصادرة في 15/08/2004 .

6- قانون رقم 06-02 مؤرخ في 2006/02/20 يتضمن تنظيم مهنة التوثيق ج.ر ، عدد 21 الصادرة في 08/03/2006

7- قانون رقم 08-09، مؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر عدد 21، الصادرة في 23 فيفري 2008.

ب- النصوص التنظيمية:

1- مرسوم 62-76 مؤرخ في 25 مارس 1976 يتضمن مسح الأراضي العام معدل ومتمم، ج.ر عدد 30 الصادرة في 1976/04/13

2- مرسوم رقم 63-76 مؤرخ في 25 مارس 1976 يتعلق بتأسيس السجل العقاري ، المعدل والمتمم ج.ر عدد 30 ، الصادرة في 1976/04/13.

3- مرسوم تنفيذي رقم 12-427 مؤرخ في 16/12/2012 ، يحدد شروط وكيفيات إدارة وتسيير الأملاك العمومية والخاصة التابعة للدولة، ج.ر عدد 69 الصادرة في 2012/12/29.

4- مرسوم رقم 91-178 مؤرخ في 28 مايو 1991 يحدد إجراءات اعداد مخططات شغل الأراضي و المصادقة عليه و محتوى الوثائق المتعلقة بها ، ج.ر عدد 26 ، الصادرة في 1991/06/01

5- مرسوم تنفيذي رقم 12-427 ، مؤرخ في 16/12/2012 يحدد شروط و كيفيات ادارة وتسيير الأملاك العمومية و الخاصة التابعة للدولة ، ج.ر عدد 69 الصادرة في 29/12/2012 .

6- مرسوم تنفيذي رقم 15-19 المؤرخ في 25 يناير 2015 يحدد لكيفيات تحضير عقود التعمير وتسليمها ج.ر عدد 07 ، الصادرة في 12/02/2012.

خامسا - القرارات القضائية:

1- قرار رقم 19926 مؤرخ في 14/04/1982 ، م.ق ، عدد خاص ، المجلس الأعلى ، الجزائر 1982 ، ص 127.

2- قرار رقم 81232 مؤرخ في 07/09/1984 م.ق، المجلس الأعلى، عدد 03 ، الجزائر 1989، ص 55

- 3- قرار رقم 47041 مؤرخ في 1986/06/30 ،م.ق، م ع ، عدد 02 ، 1989 ص 281 .
- 4- قرار رقم 41996 مؤرخ في 1986/06/02 ،م.ق ، المجلس الأعلى ، عدد 02 ، 1989 ص 78 .
- 5- قرار رقم 151301 مؤرخ في 1986/03/25 ،م.ق ، عدد 02 ، 1989 ص 28.
- 6- قرار رقم 4096 مؤرخ في 1986/02/24 الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية و المواريث المجلس الأعلى ، نقلا عن حياة كحيل، القسمة القضائية للعقار الشائع ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العقاري و الزراعي قسم القانون الخاص ، جامعة سعد دحلب
- 7- قرار رقم 51282 مؤرخ في 1988/12/19 م.ق.م.ع ، عدد 02 ، 1991 ص 63.
- 8- قرار رقم 47222 مؤرخ في 1988/12/07 ، الغرفة المدنية ، المجلس الأعلى ، نقلا عن نورة أرحمون اثبات الملكية العقارية الخاصة في التشريع و القضاء الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص فرع قانون المسؤولية المهنية ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، قسم الحقوق جامعة مولود معمري تيزي وزو 2012 .
- 9- قرار رقم 47071 مؤرخ في 1988/09/26 م.ق.م.ع عدد 01 ، 1992 ، ص 33
- 10- قرار رقم 63765 الصادر في 1990/10/29 ،م.ق.م.ع ، عدد 04 ، 1992 ، ص 112.
- 11- قرار رقم 186043 مؤرخ في 1990/03/04 م.ق.م.ع، عدد 04 ، 2004 ، ص 195.
- 12- قرار رقم 88 و 76 مؤرخ في 1991/07/10 م.ق.م.ع عدد 03 ، 1992 ، ص 132.
- 13- قرار رقم 91439 مؤرخ في 1992/10/28 م.ق.م.ع ، عدد 03 ، 1994 ، ص 18
- 14- قرار رقم 166661 مؤرخ في 1997/02/23 (غ.م) نقلا عن بوحديش عادل قسمة المال الشائع في القانون المدني الجزائري ، مذكرة نهاية التكوين لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء
- دفعة 2006/2003 ، ص 30 و 31
- 15- قرار رقم 84954 مؤرخ في 1989/10/25 ،م.ق ، عدد 01 ، ص 25

-
- 16- قرار رقم 204939 مؤرخ في 2000/11/22 م.ق.م.ع ، عدد خاص الغرفة العقارية، ج02، 2004 ، ص 233 .
- 17- قرار رقم 854201 مؤرخ في 2000/09/27 م.ق.م.ع عدد خاص الغرفة العقارية ، ج 01 ، 2004، ص 274 ،
- 18- قرار رقم 201854 مؤرخ في 2000/09/27 م.ق.م.ع عدد خاص ، الغرفة العقارية ، ج 01 ، 2004 ، ص 274
- 19- قرار رقم 198.689 مؤرخ في 2000/05/31 م.ق.م.ع ، عدد خاص ، ج01 ، الغرفة العقارية ، 2004 ، ص 283 .
- 20- قرار رقم 257999 مؤرخ في 2001/07/18 م.ق.م.ع عدد 02 ، 2004 ص 331
- 21- قرار رقم 220023 مؤرخ في 2002/02/20 م.ق.م.ع عدد 2 ، 2004 ص 251.
- 22- قرار رقم 414.655 مؤرخ في 2007/09/12 ، الغرفة العقارية ، العقارية ، ج01 ، م.ق. ، عدد 01 ، 2008، ص 211.
- 23- قرار رقم 305463 مؤرخ في 2008/09/10 م.ق.م.ج ، عدد خاص ، الغرفة العقارية ج 03 ، المحكمة العليا ، 2010 ص ص 195 198

الفهرس:

01	المقدمة:.....
04	:
05	المبحث الأول: القسمة الرضائية آلية لإزالة الشيوخ
05	المطلب الأول: مفهوم القسمة الرضائية.....
06	الفرع الأول: تعريف القسمة الرضائية.....
06	أولاً: تعريف القسمة الرضائية في الفقه الإسلامي.....
06	1- تعريف القسمة عند الحنفية.....
07	2- تعريف القسمة عند المالكية.....
07	3- تعريف القسمة عند الشافعية.....
07	4- تعريف القسمة عند الحنابلة.....
07	ثانياً: تعريف القسمة الرضائية في القانون المدني.....
08	الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للقسمة الرضائية.....
08	أولاً: القسمة عقد رضائي.....
12	ثانياً: القسمة عقد شكلي.....
13	الفرع الثالث: شروط القسمة الرضائية.....
14	أولاً: شروط القسمة الرضائية في الفقه الإسلامي.....
14	1- رضا المقسوم لهم أو من يقوم مقامهم.....
15	2- حضور المتقاسمين أو من يقوم مقامهم.....
15	ثانياً: شروط القسمة الرضائية في القانون المدني.....

16	1- لزوم إجماع الشركاء.....
17	2- لزوم حضور جميع الشركاء أو من ينوب عنهم قانونا.....
19	3- تسجيل وإشهار عقد القسمة الرضائية.....
22	المطلب الثاني: طرق إجراء القسمة الرضائية.....
22	الفرع الأول: للشركاء اختيار طريقة إجراء القسمة.....
22	أولا: القسمة العينية.....
25	ثانيا: قسمة التصفية.....
25	الفرع الثاني: الإجراءات القانونية في القسمة الرضائية للمال الشائع.....
29	الفرع الثالث: إثبات القسمة الرضائية.....
30	المبحث الثاني: القسمة القضائية للمال الشائع.....
31	المطلب الأول: شروط دعوى القسمة القضائية للمال الشائع.....
31	الفرع الأول: أطراف دعوى القسمة وإثبات صفتهم.....
32	أولا: أطراف دعوى القسمة.....
32	1- الشركاء في الشروع.....
35	2- دائني الشركاء.....
36	3- المحكمة.....
37	ثانيا: إثبات صفة أطراف الدعوى أو الخصوم.....
37	1- السند الرسمي.....
39	2- الفريضة.....
39	3- الشهادة التوثيقية.....
41	4- الشهادة العقارية.....

42	الفرع الثاني: عدم وجود قيد يجبر على البقاء في الشيوخ.....
43	أولاً- القيد القانوني.....
44	ثانياً- القيد الاتفاقي.....
46	الفرع الثالث: الشروط المتعلقة بالاختصاص القضائي والميعاد.....
47	أولاً- الجهة المختصة بالنظر في دعوى القسمة.....
48	ثانياً- عدم تقييد دعوى القسمة بميعاد معين.....
50	المطلب الثاني: إجراءات القسمة القضائية للمال الشائع.....
50	الفرع الأول: اللجوء إلى خبرة قبل الفصل في الموضوع.....
52	الفرع الثاني: مباشرة أعمال الخبرة المأمور بها.....
54	الفرع الثالث: حالات القسمة القضائية للمال الشائع.....
54	أولاً- القسمة العينية.....
54	1- قسمة المال الشائع إلى حصص.....
57	2-الحكم بإعطاء كل شريك نصيبه المفرز.....
59	ثانياً-حالة استحالة القسمة العينية واللجوء إلى قسمة التصفية.....
61	:
62	المبحث الأول: الإفراز الأثر المباشر للقسمة النهائية.....
63	المطلب الأول: إقرار الأثر الكاشف للقسمة.....
64	الفرع الأول: نطاق تطبيق الأثر الكاشف للقسمة.....
64	أولاً- نطاق الأثر الكاشف من حيث الأشخاص.....

66	ثانيا- نطاق الأثر الكاشف من حيث الأموال.....
67	ثالثا-نطاق تطبيق الأثر الكاشف من حيث التصرفات.....
69	الفرع الثاني: النتائج المترتبة على أعمال الأثر الكاشف للقسمة.....
70	أولا- القواعد الخاصة بالقسمة باعتبارها تصرف كاشف.....
70	1-عدم نفاذ التصرفات التي انفرد بها أحد الشركاء حال قيام الشيوع.....
72	2-امتنياز المتقاسم.....
72	3-شهر القسمة المتعلق بعقارات.....
73	ثانيا- القواعد المترتبة على نفي الوصف الناقل.....
74	1-عدم جواز التمسك بالقسمة كسبب صحيح للتملك بالتقادم القصير ونقل الملكية.....
74	2-عدم جواز استرداد المال المتنازع فيه والمتنازل عنه حال إجراء القسمة.....
75	المطلب الثاني: الأثر الناقل والرجعي للقسمة.....
75	الفرع الأول: الأثر الناقل للقسمة.....
76	أولا: الأثر الناقل عند الرومان.....
77	ثانيا- الأثر الناقل في التشريع المقارن (القانون الأردني).....
79	الفرع الثاني: الأثر الرجعي للقسمة.....
79	أولا- إقرار الأثر الرجعي في التشريع المقارن.....
80	1-الأثر الرجعي للقسمة في التشريع الفرنسي.....
81	2-الأثر الرجعي للقسمة في التشريع المصري.....
82	ثانيا-عدم وضوح موقف المشرع الجزائري بشأن رجعية القسمة.....
86	المبحث الثاني: أهم المنازعات الناشئة عن القسمة النهائية.....
86	المطلب الأول: دعوى الغبن أهم منازعات القسمة الرضائية.....

86	الفرع الأول: مفهوم الغبن في القسمة الرضائية.....
87	أولاً: تعريف الغبن.....
89	ثانياً: مقدار الغبن وكيفية حسابه.....
90	الفرع الثاني: إجراءات وآثار دعوى الغبن.....
90	أولاً: إجراءات دعوى الغبن.....
91	ثانياً- ميعاد رفع دعوى الغبن.....
93	الفرع الثاني: آثار دعوى الغبن.....
93	أولاً- تفادي نقض القسمة للغبن.....
95	ثانياً- نقض وإبطال القسمة لثبوت الغبن.....
96	المطلب الثاني: دعوى منع التعرض والاستحقاق في القسمة النهائية.....
96	الفرع الأول: مفهوم الضمان.....
97	أولاً: تعريف الضمان وأساسه.....
99	ثانياً: شروط رفع دعوى الضمان.....
99	1- وقوع تعرض واستحقاق.....
101	2- وجود سبب سابق على القسمة.....
102	3- عدم وجود اتفاق صريح يعفي من الضمان.....
103	4- عدم رجوع الاستحقاق إلى خطأ المتقاسم.....
106	ثانياً: آثار الضمان في القسمة النهائية.....
106	1- التعويض في حالة الاستحقاق الكلي.....
108	2- التعويض عن حالة الاستحقاق الجزئي.....

108	3-رد ما أداه المتقاسم للمتعرض توقيا للاستحقاق.....
110	خاتمة.....
113	قائمة المراجع.....
121	الفهرس.....